

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

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

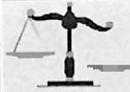
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 006 2019 00487 01. Proceso Ordinario de Luis Antonio Guerrero Pedraza contra Colpensiones. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 la entidad demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no recurridos frente a la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 21 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en su favor a partir del 5 de octubre de 2013, junto con los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



Como fundamento de las pretensiones señaló en esencia que nació el 16 de enero 1945 y que por esa razón es beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993.

Aduce que en su historia laboral refleja un total de 1.004 semanas de cotización entre enero de 1967 y octubre de 2013, sin embargo, la misma adolece de inconsistencias y periodos no tenidos en cuenta y que no han sido corregidos; entre los que se encuentra el periodo comprendido entre 20 de mayo de 1982 y el 12 de noviembre de 1983, cuyo pago omitió su empleador Impregilo y Asociados Panama S.A.

Indicó que la demandada negó el derecho pensional reclamado mediante la Resolución GNR294845 del 6 de noviembre de 2013 confirmada por las Resoluciones GNR381430 del 29 de octubre de 2014 y VPB10095 del 9 de febrero de 2015; y posteriormente mediante la Resolución SUB 44558 del 22 de febrero de 2018.

Una vez notificada, la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que si bien el demandante acredita el requisito de la edad, no ocurre lo mismo en relación con la densidad de cotizaciones. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.

La *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2013 en cuantía equivalente a la suma de \$589.500,00, junto con los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; de otra parte autorizó a Colpensiones a deducir el valor de la suma reconoció por concepto de indemnización sustitutiva,



declaró probada la excepción de prescripción, respecto de los derechos causados antes del 14 de junio de 2016.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, que además tiene derecho a la aplicación del mismo hasta el 31 de diciembre de 2014 al ser procedente la inclusión en su historia laboral las semanas correspondientes al periodo comprendido entre el 20 de mayo de 1982 y el 12 de noviembre de 1983, y que acreditó los requisitos previstos para el efecto en el Acuerdo 049 de 1990.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la decisión de primer grado, para que en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las condenas impuestas en contra de su representada.

Aduce al efecto con tal propósito en síntesis que si bien el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 por la edad, en virtud de lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, no tiene derecho a conservarlo hasta el año 2014, como quiera que no acredita la densidad de cotizaciones exigidas por este último conjunto normativo para el efecto, al contar tan solo con 439 semanas para el 25 de julio de 2005.

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 previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En virtud del trámite del recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, corresponde a la Sala determinar si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante junto con los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en la forma determinada por la servidora judicial de primer grado.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que, no es objeto de discusión entre las partes que el demandante nació el 16 de enero de 1945 y que se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; presupuestos por los que principio es beneficiario del régimen de transición que estableció la referida ley en su artículo 36 frente a las pensiones de vejez y además en virtud del mismo tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Al respecto corresponde a la Sala precisar que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional



y entre ellos, estableció en su parágrafo transitorio número 4¹ un límite temporal a la vigencia del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, los hombres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 60 años de edad y la cotización de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Ahora bien; en el caso objeto de estudio de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas expedido por la demandada el 4 de diciembre de 2019 y que se aportó con el expediente administrativo² el demandante acumuló hasta el 31 de octubre de 2013, un total de 1.005,14; sin embargo, solicita se tenga en cuenta el periodo comprendido entre el 20 de mayo de 1982 y el 12 de noviembre de 1983, que afirma laboró para la sociedad Impregilo y Asociados “Panamá” S.A.

Al respecto advierte la Sala que, si bien el demandante no registra afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por la demandada, ello por sí solo no es óbice para, pues el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003; pues este en sus literales c y d, para el cómputo de las semanas es procedente tener en cuenta “*[e]l tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la*

¹ "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

² Cfr. CD. 50 archivo "GRP-SCH-HL66554443332211_1670-20191204084602"



vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.” y “[e]l tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.”

Al respecto la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL14388 de 2015, sobre el particular expresó:

“...no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia. En lo fundamental, esa progresión de la jurisprudencia ha estado encaminada a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Concretamente, el sistema de seguridad social y sus desarrollos en la jurisprudencia han tendido a reconocer expresamente tales omisiones de afiliación, dadas en el pasado, así como a buscarles una solución adecuada y suficiente, a través del reconocimiento de la respectiva prestación por parte de las entidades de seguridad social, con el consecuente recobro o integración de los aportes y recursos, por medio de títulos pensionales que deben pagar los empleadores omisos.” (Resalta la Sala)

En las condiciones analizadas, en tanto de acuerdo con la documental que incluso incorporó la propia demandada junto con el expediente administrativo³, contentiva de la misiva de la terminación del contrato de trabajo del demandante por parte de la sociedad Impregilo y Asociados “Panamá” S.A., junto con algunos comprobantes de nómina; es posible determinar la existencia

³ Archivo GEN-ANX-CI-2015_2018776-20150311112902



del referido vínculo laboral entre el 20 de mayo de 1982 y el 12 de noviembre de 1983, ningún reproche merece la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado al efectuar su cómputo a pesar de que no se verifique su pago efectivo, en la medida que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es procedente su cómputo, y la demandada tiene la facultad de realizar el correspondiente recobro al empleador.

Por tanto, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado, resulta procedente incluir en el cómputo de semanas cotizadas el referido periodo; de manera que a las 1.005,14 semanas que registra el demandante en su historia laboral corresponde adicionar 77,28 semanas para un total de 1.082,42 semanas; de las cuales contaba con 773,84 para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que lo fue el 29 de julio de dicha anualidad.

Así las cosas, concluye la Sala que el demandante cumplió con los supuestos previstos en el Acto Legislativo 01 de 2005 para conservar el régimen de transición hasta el año 2014, y que además cumplió los requisitos para la causación de la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, pues para el momento en que dejó de cotizar, esto es, el 31 de octubre de 2013 ya contaba con la edad y la densidad de cotizaciones previstas para el efecto.

Dilucidado lo anterior, encuentra la Sala que acertó la servidora judicial de primer grado al establecer la fecha de reconocimiento de la prestación, así como el monto de la misma; en la medida que, tal como se indicó, el demandante efectuó aportes hasta el 31 de octubre de 2013, data para la cual ya contaba tanto con el número de semanas exigidas, como con la edad mínima requerida para el reconocimiento de la prestación.

Ahora; en lo respecto al monto de la prestación de vejez, se advierte que la servidora judicial de primer grado reconoció el derecho en cuantía



equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, y en tal sentido, como quiera que al tenor de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, ninguna prestación puede ser inferior a dicho valor y la parte demandante no cuestionó tal determinación, no resta más que confirmar la decisión de primera instancia.

En lo respecta al reconocimiento de intereses los moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 1993, es del caso tener en cuenta que estos se encuentran concebidos en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones.

En el asunto, considera la Sala que, contrario a lo que concluyó la servidora judicial de primer grado, no es procedente el reconocimiento de los intereses de mora, pues la negativa al reconocimiento de la prestación deprecada devino de la falta de afiliación por cuenta de uno de sus empleadores, de manera que no puede reprochársele a la demandada tal circunstancia; de manera que se revocará la determinación que frente a este aspecto acogió el servidor judicial de primer grado, para en su lugar absolver a la demandada del reconocimiento y pago de los intereses de mora.

Pese a lo anterior, en tanto que es evidente la pérdida del poder adquisitivo de los valores que se han causado por concepto de mesadas pensionales, se



considera procedente ordenar la indexación de las mismas al momento en que se efectúe el pago correspondiente.

Hasta aquí el análisis de la Sala, no se impondrá condena 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.- REVOCAR la sentencia de primera instancia en cuanto, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios; para en su lugar absolverla de dicho concepto.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia de primer grado en el sentido de **CONDENAR** a la demandada a efectuar el pago indexado de las mesadas pensionales causadas.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

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


República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2020 00322 01. Proceso Ordinario Raúl Santacruz López contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en el año 1997 a través de la AFP Porvenir S.A; se ordene a esta última sociedad a entregar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación incluidos los rendimientos que se hubieren causado así como los gastos de administración, y a Colpensiones a recibir dichos valores, actualizar su



historia laboral y reconocer en su favor la pensión de vejez teniendo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición.

En subsidio de la pretensión relativa a la declaratoria de ineficacia del traslado, solicita se declare que ha sufrido un perjuicio económico como consecuencia de su permanencia en el RAIS y se condene a la AFP Porvenir S.A. al reconocimiento de una mesada pensional equivalente a la que hubiere recibido en el régimen de prima media con prestación definida para el año 2020.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 2 de agosto de 1951, que efectuó aportes a Cajanal y al Instituto de Seguros Sociales, hasta el mes de octubre de 1997 cuando se afilió a la AFP Porvenir S.A. que en el mes de septiembre de 2003 se afilió a ING, Protección S.A. y en el mes de noviembre de 2009 retornó a Porvenir S.A.

Indica que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber de información, al no haberle indicado las características propias del RAIS, sus ventajas, desventajas, el capital mínimo necesario para acceder a una pensión de salario mínimo, ni que su mesada pensional nunca iba a ser superior a la que le correspondería en el régimen de prima media con prestación definida.

Agregó que al momento del traslado tampoco se le informó que era beneficiario del régimen de transición por la edad, así como tampoco acerca de la posibilidad de trasladarse al régimen de prima media con prestación definida dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora de Fondos de Pensiones y



Cesantías Protección S.A. adujo en su defensa que la afiliación de la demandante constituye un acto válido, del cual nacieron obligaciones para ambas partes y que el demandante en forma libre decidió afiliarse en forma libre y voluntaria, y que actualmente se encuentra incurso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, entre otras.

Colpensiones indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que se hubiera hecho incurrir en error a la demandante por parte de la AFP, o de que se este en presencia de algún vicio del consentimiento; agregó que el accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para poder trasladarse en cualquier tiempo y que se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo en esencia que las afiliaciones del demandante en los años 1997 y 2009, fueron producto de una decisión libre, voluntaria e informada, lo cual se aprecia en la solicitud de vinculación que constituye un documento público y se presume auténtico. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante a las AFP Porvenir S.A. y



Protección S.A. el 25 de agosto de 1997, el 31 de julio de 2003 y el 29 de septiembre de 2009; ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los gastos de administración, comisiones o cualquier otro valor descontado debidamente indexados, a Protección S.A ordenó la devolución a Colpensiones de los gastos de administración comisiones o cualquier otro valor descontado debidamente indexados, y a Colpensiones ordenó recibir al accionante como afiliado sin solución de continuidad.

Inconforme con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión adoptada y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual aduce en esencia que dentro del expediente no obra prueba de la presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Sostiene que se esta en presencia de un error sobre un punto de derecho que carece de fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto que celebrado entre el demandante y el fondo privado.

Aduce que se ha venido dando una indebida interpretación al artículo 1604 del Código Civil, en tanto que se concluye que la responsabilidad se encuentra en cabeza exclusivamente del fondo privado, convirtiéndola en una responsabilidad objetiva, en tanto que no se le exige el demandante que demuestre la presencia de algún vicio o dolo al momento de afiliarse.



Afirma que frente al deber de información la Corte Suprema de Justicia acude a lo establecido en el Decreto 693 de 1993, pero que tal disposición se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015; de manera tal que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación; y que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico, so perjuicio de desconocer ellos principios de la confianza legítima y el debido proceso.

Señala que de acuerdo con el Derecho 2241 de 2010 existen obligaciones recíprocas por parte de los afiliados, siendo uno de ellos el deber de informarse adecuadamente acerca del sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación e información.

Finalmente indica que la nulidad o ineficacia del traslado de régimen afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, y trae a colación al efecto apartes del criterio sentado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 del 2004, la SU 062 de 2010 y la SU 130 del 2013.

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y que en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual aduce que la declaratoria de ineficacia desconoce el principio de confianza legítima, en tanto que de acuerdo con la fecha en el demandante decidió vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad el formulario de afiliación es la prueba verídica con la que se constataba su solicitud de vinculación y se encontraba autorizado por la Superintendencia Bancaria.



Afirma en el mismo sentido que se está endilgando a los fondos de pensiones unas obligaciones que para la época no se encontraban vigentes, pues tan solo con la entrada en vigencia de la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, es que se imponen otra serie de obligaciones a los fondos privados.

Sostiene que se omitió por parte del servidor judicial de primer grado que el demandante en realidad quería pertenecer al régimen de ahorro individual, en tanto que realizó el traslado horizontal en diversas oportunidades y que a pesar de contar con la posibilidad de retornar antes de encontrarse inmerso en la prohibición legal, no lo hizo; prohibición que aduce también fue desconocida en la medida que se declaró la ineficacia de retorno a un régimen al que el demandante ya no se podía afiliarse.

Aduce que en caso de considerarse pertinente la declaratoria de ineficacia, debe revocarse la condena relativa de la devolución de los gastos de administración, en tanto dicho descuento se efectuó en virtud de un mandato legal, que administró en debida forma las cotizaciones del demandante generando unos rendimientos financieros y que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 en casos de ineficacia prevé únicamente el traslado de aportes y rendimientos financieros.

Agrega en el mismo sentido que los gastos de administración no se encuentran destinados a financiar la pensión de vejez del demandante y que por esa razón, no solo son susceptibles de prescripción, sino que además su devolución genera un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

Finalmente, la apoderada de la AFP Protección S.A. solicita se revoque la condena impuesta en contra de su representada a la devolución de los gastos de administración; para lo cual aduce en esencia que dichos descuentos son legales, válidos y exequibles, que cuentan con una destinación específica; y



además también operan en el régimen de prima media con prestación definida.

Sostiene que la orden de devolver propicia un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, con mayor razón cuando es sabido y se encuentra acreditado que la rentabilidad del régimen de ahorro individual es superior a la del régimen de prima media y estaría recibiendo los rendimientos que son fruto de una gestión que no llevó a cabo.

Finalmente solicitó se declare la prescripción las sumas cuya devolución se ordenó a su representada, en la medida que la vocación de dichas sumas no es financiar la mesada pensional y son obligaciones de tracto sucesivo que su representada ha cumplido cabalmente.

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 ineficacia 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 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



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

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."



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.

Aunado a lo anterior, 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; de manera que no son de recibo los argumentos que expone la apoderada de Colpensiones.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Porvenir 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 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 el servidor judicial de primer grado.

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 actualmente 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 plantean las apoderadas de la demandadas Colpensiones y Porvenir, relativa a la ratificación de la afiliación del demandante por el solo hecho de su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad y los traslados entre diferentes administradoras del régimen individual, 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 adoctrinó 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 afiliado a la AFP Porvenir 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 Protección 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 confirmará la determinación que acogió sobre el particular el *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 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, 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; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, como lo afirman las apoderadas de Porvenir y Protección, 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.

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>>.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

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 7° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



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



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

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

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 012 2017 00758 01. Proceso ordinario de Darcy Enith Bolaños Almanza contra Pablo José Salcedo Visbal y otros (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con los demandados Pablo José Salcedo Visbal y María Angélica Uribe Pérez desde el mes de abril de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2016; se condene a los demandados Pablo José Salcedo Visbal y María Angélica Uribe Pérez y en forma solidaria a la sociedad Asesorías Empresariales PJS SAS al reconocimiento y pago indexado de



cesantías e intereses a las cesantías, respecto de la totalidad de la relación laboral, de vacaciones y primas de servicios del periodo comprendido entre el 1º de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, la indemnización por despido, la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., la sanción por no consignación de cesantías, aportes al sistema de seguridad social integral y la indemnización por pérdida de capacidad laboral del 37.86%.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó laboralmente con las personas naturales demandadas como empleada del servicio doméstico interna el 22 de junio de 2003; cumpliendo un horario de trabajo así como las órdenes que le impartían sus empleadores.

Indicó que sus empleadores efectuaron el pago de aportes al sistema de seguridad social con la empresa Escolar.com S.A. y posteriormente mediante la empresa Asesorías Empresariales PJS SAS; siendo afiliada a salud a la Nueva EPS, en riesgos laborales a la ARL Positiva, y pensiones a la AFP Protección S.A.

Refirió que el 1º de diciembre de 2004, mientras presta servicios en el apartamento de los demandados, lavando un baño resbaló y que ante el actuar negligente por parte de la EPS a la que se encontraba afiliada, su empleador se vio en la obligación de pagarle una cita particular, en donde le fue ordenada y practicada una resonancia de columna lumbar y se le efectuaron una serie de recomendaciones.

Señaló que luego del diagnóstico emitido, sus empleadores le indicaron que se quedara en casa, que ellos le consignarían el sueldo y la mantendrían afiliada al sistema de seguridad social, lo que afirma ocurrió hasta el 31 de diciembre de 2016.



Agregó que para el año 2015 percibía como contraprestación por sus servicios un salario mensual de \$1'200.000,00, sin embargo los aportes se realizaban sobre un salario inferior; que no fue afiliada a un fondo de cesantías, y que a la terminación del vínculo se le quedaron adeudando las vacaciones y primas de servicio de los años 2015 a 2016.

Adujo que los empleadores efectuaron el reporte del accidente laboral, tan solo 10 meses después por medio de la empresa Asesorías Empresariales PJS SAS y que debido a que no explicaron el motivo de la extemporaneidad del reporte, la ARL Positiva determinó que fue de origen común.

Informó que fue despedida si justa causa por parte de sus patronos a partir del mes de enero de 2017, en la medida que únicamente efectuaron el pago de aportes hasta el 31 de diciembre de 2016, pero que jamás le informaron nada por escrito.

Una vez notificados los demandados dieron respuesta a la acción a través de un mismo apoderado en oposición a las pretensiones; indicaron en su defensa que la demandante laboró al servicio de la sociedad empresa Asesorías Empresariales JPS SAS a partir del mes de febrero de 2014, con un salario mensual equivalente al mínimo mensual vigente, que la demandante fue quien no puso en conocimiento el supuesto accidente y que dejó de asistir a laborar. Propusieron en su defensa como excepciones de mérito las de prescripción, pago, inexistencia de los derechos reclamados y buena fe.

El *aquo* absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que el vínculo laboral de la demandante fue con la demandada Asesorías Empresariales PJS SAS y que no se presentó una



conurrencia de relaciones de trabajo; añadió que existe un contrasentido en la demanda al indicar que los empleadores afiliaron a la accionante a seguridad social y escindir tal condición para establecer que no fue una relación de trabajo, sino que fueron dos. Agregó a lo anterior que existe una imprecisión ostensible en lo que tiene que ver con los extremos temporales, lo que impide impartir condena frente a un parámetro temporal indefinido.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce la recurrente en esencia que la decisión de primer grado es contradictoria en la medida que en primer término afirma que las certificaciones son plena prueba y hace referencia a las dos certificaciones aportadas en donde se da cuenta de la relación laboral existente con la demandante, pero concluye que la relación laboral era exclusivamente con la persona jurídica por medio de la cual sus empleadores efectuaban el pago de aportes.

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

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir si es procedente el reconocimiento de la existencia de la relación laboral que se reclama con los demandados Pablo



Salcedo Visbal y María Angélica Uribe; y de ser así, establecer si es procedente el reconocimiento de las acreencias laborales deprecadas y si la sociedad Asesorías Empresariales PJS SAS es obligada solidaria del reconocimiento de las mismas.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.¹ basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

En el asunto, corresponde tener en cuenta que las personas naturales demandadas, niegan la existencia del vínculo laboral que se reclama; sin

¹ Subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990.



embargo, a folios 16 y 17 del expediente obra certificaciones laborales expedidas por estos los días 20 de mayo de 2013 y 19 de agosto de 2014.

La primera de las certificaciones relacionadas fue expedida por la demandada María Angélica Uribe y en ella se señala:

“Por medio de la presente les informo que la Sra. Darcy Enith Bolaños Almanza ... trabaja desde hace 10 años desempeñando el cargo de oficios [v]arios en mi casa, y devenga un sueldo de ...(\$1'200.000,00)”

En similar sentida en la certificación laboral expedida por el demandado Pablo Salcedo Visbal, se indica:

“Por medio de la presente hago constar que la Señora Darcy Bolaños Almanza ... se desempeña como empleada dom[é]stica interna desde el 22 de junio de 2003 hasta la fecha, con un contrato a término indefinido, devenga un salario correspondiente a \$1'200.000,00...”

De acuerdo con lo anterior considera oportuno la Sala recordar que en punto al valor probatorio de las certificaciones emitidas por los empleadores, relativas a la existencia de la relación laboral, la máxima Corporación de Justicia Laboral, en reiteradas y vigentes decisiones ha sentado que si bien se debe tener como cierto el contenido de las certificaciones que emita el empleador acerca del contrato de trabajo, es posible desvirtuar su contenido, pero que en ese escenario la prueba debe ser de tal contundencia que no deje asomo de duda acerca de la inexistencia del vínculo; así lo explicó en la sentencia 34.393 del 24 de agosto de 2010 con ponencia del Magistrado doctor Luis Javier Osorio, criterio que ha sido reiterado en forma más reciente en sentencias SL17514 de 2017 y SL2600 de 2018, y en la que se reiteró:



“Frente a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia del 8 de marzo de 1996 radicado 8360, reiterada en casación del 2 de agosto de 2004 radicación 22259 y más recientemente en decisión del 23 de septiembre de 2009 radicado 36748, oportunidad en la cual puntualizó:

“(…) El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...”

Ahora bien, dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, los demandados aducen que el vínculo laboral de la demandante se presentó con la sociedad Asesorías Empresariales PJS SAS pero tan solo a partir del mes de febrero del año 2014; sin embargo, nada refieren acerca de los supuestos fácticos que rodearon la expedición de las aludidas certificaciones laborales, en las que por demás se hace mención expresa a la existencia de un vínculo laboral desde el año 2003. De manera que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial aludido, a juicio de la Sala no es posible desvirtuar el contenido de las aludidas certificaciones laborales.

Conviene a la Sala señalar, que aun cuando se tratan de certificaciones expedidas por dos personas diferentes, conforme lo reconoce la demandante



desde el escrito de contestación de la demanda, no se trata de dos relaciones laborales diferentes, sino de un mismo vínculo, de manera que, de acuerdo con el contenido de las certificaciones laborales expedidas por los demandados es posible determinar la existencia de la relación laboral que se reclama desde el 22 de junio de 2003; sin embargo, no existe medio de convicción que permita establecer como lo afirma la accionante que el referido vínculo se extendió hasta el 31 de diciembre de 2016.

En efecto, si bien la accionante sostiene que la relación laboral se mantuvo hasta el 31 de diciembre de 2016, lo cierto es que no existe medio de convicción que de cuenta de tal situación; pues si bien al efecto se sostiene que los demandados realizaron el pago de los aportes a seguridad social por medio de la sociedad Asesorías Empresariales PJS SAS, lo cierto es, que ello no se encuentra demostrado del plenario.

Ahora, aun cuando se recepcionaron las declaraciones de Luis Alberto Cruz y Jairo de Jesús Ceballos, su dicho no permite establecer la existencia del vínculo laboral, ni los extremos del mismo, ello en tanto no tuvieron una percepción directa de la relación que se reclama y basan su dicho de lo que la propia demandante les indicó.

De manera que, considera la Sala tan solo es posible declarar la existencia laboral del vínculo que se reclama frente a los demandados Pablo Salcedo Visbal y María Angélica Uribe entre el 22 de junio de 2003 y el 19 de agosto de 2014, data en la que le fue expedida la última certificación y no existir certeza de la prestación personal del servicio por parte de la demandante en favor de aquellos con posterioridad a dicha data.

Determinada como se encuentra la existencia del vínculo laboral, por razones de carácter metodológico la Sala analizará se emprenderá el estudio de la excepción de prescripción; para lo cual se ha de tener en cuenta que al tenor



de lo establecido en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., en concordancia con el artículo 488 del C.S.T., el término prescriptivo es de tres años, los cuales comienzan a contabilizarse a partir del momento en que se hacen exigibles los derechos reclamados, pero puede ser interrumpido por una sola vez con la reclamación escrita.

Así las cosas, en el asunto la accionante interrumpió el término prescriptivo con la presentación de la demanda, esto es el, 28 de noviembre de 2017², razón por la que los derechos que se causaron con anterioridad al 28 de noviembre de 2014 se encuentran prescritos.

CESANTÍAS E INTERESES

Solicita la demandante el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías y los intereses causados respecto de la totalidad del vínculo laboral, y aun cuando en principio es procedente su reconocimiento al tenor de lo previsto en el artículo 249 del C.S.T., en concordancia con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; en la medida que no se encuentra acreditado su pago; lo cierto es que, ante la prosperidad de la excepción de prescripción no hay lugar a imponer condena alguna por dicho concepto.

PRIMAS DE SERVICIO - VACACIONES

Reclama la demandante el reconocimiento de las primas de servicio y vacaciones causadas en los años 2015 y 2016; sin embargo, como el vínculo laboral que se reclama se reconoció hasta el 19 de agosto de 2014; no es procedente acceder a su reconocimiento.

² Cfr fls 63



INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO

De acuerdo con el criterio inveterado de la máxima Corporación de Justicia Laboral, es a la demandante a quien le corresponde acreditar que el vínculo finalizó como consecuencia de la determinación de sus empleadores, y solo verificado este supuesto corresponde estos últimos correr con la carga de la prueba de demostrar la justa causa de la terminación del vínculo.

Pese a ello, como en el presente asunto no se encuentra acreditado que la determinación de finalizar el contrato de trabajo entre las parte efectivamente proviniera de los demandados, no se accederá al reconocimiento de la indemnización por despido deprecada.

PAGO DE APORTES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Reclama la demandante se condene a los demandados al pago de las diferencias entre lo pagado y lo dejado de pagar al sistema de seguridad social; solicitud que se soporta en que el pago de dicha obligación era asumido por la sociedad Asesorías Empresariales PJS SAS; pero como esto no se encuentra acreditado, no resulta procedente acceder al pago de las diferencias solicitado.

INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

Solicita la demandante el reconocimiento de la indemnización correspondiente a la pérdida de capacidad laboral del 37,86% que estableció la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; pese a lo anterior en tanto de acuerdo con los supuestos fácticos en que se soporta tal pretensión aluden a la ocurrencia de un accidente de trabajo con



posterioridad al extremo final del vínculo, no es procedente acceder al reconocimiento de esta pretensión.

Las razones expuestas, considera la Sala resultan suficientes para revocar la decisión de primer grado, en cuanto negó la existencia de la relación laboral reclamada; y absolverlos de las demás pretensiones incoadas en su contra, se precisa que no se considera necesario efectuar algún pronunciamiento en relación con la solidaridad que se reclama de parte de la persona jurídica demandada, ante la improsperidad de las pretensiones de condena. Costas sin lugar a su imposición en esta instancia, 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 la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre los demandados y la demandante, desde el 22 de junio de 2003 y el 19 de agosto de 2014.

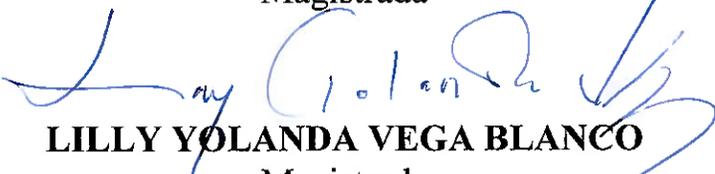


SEGUNDO.- ABSOLVER a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

Ref.: Radicación N° 110013105 012 2019 00064 01. Proceso Ordinario de Diana Melisa Díaz Gutiérrez contra Estudios e Inversiones Médicas S. A. – MEDIMAS S. A.. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

DIANA MELISA DÍAZ GUTIÉRREZ convocó a ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S. A. – MEDIMAS S. A. para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario previa declaración de contrato de trabajo que terminó sin justa causa: cesantías e intereses con sanción; prima de servicios; salarios; vacaciones; descuentos; aportes a seguridad social; indemnización por despido; indemnización moratoria; sanción por no consignación de cesantías; indexación; y, costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Laboró para la demandada como médico general, desde el 4 de febrero de 2002 hasta el 24 de octubre de 2018, cuando decidió poner fin al contrato de trabajo por causas imputables a la empleadora, devengando como último salario mensual \$2'984.730.00.

La empleadora descontaba mensualmente de su salario con destino al fondo mutuo de ahorro e inversión Destinar, sin que efectivamente los pusiera a su disposición, por lo el que el 17 de enero de 2017 lo requirió para tales efectos, y que para el 30 de junio de 2018 ascendía a la suma de \$2'952.515.00.

A partir de enero de 2018 dejaron de cancelarle el salario, habiendo omitido efectuar los incrementos anuales desde el 2015, no consignó las cesantías de 2017, durante la vigencia de la relación no efectuó el pago a seguridad social de algunos aportes, lo que la llevó a renunciar omitiendo la empleadora reportar novedad de retiro.

Desde abril del último año la empleadora empezó a restringir los implementos de trabajo, eliminándolos en junio y dejando de programar citas médicas, y a pesar de los reiterados reclamos para obtener el pago de sus acreencias laborales, no obtuvo respuesta.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 18 de febrero de 2019. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la demandada por intermedio de curador procedió a dar contestación, manifestando frente a las pretensiones que se atiene a lo probado, respecto de los hechos sostuvo que no le constan, propuso como excepción meritoria la genérica.



Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 19 de noviembre de 2020, CONDENANDO al pago de salarios, cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones e indemnización moratoria. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones, e impuso costas a cargo de la pasiva.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo el impugnante que procede el reconocimiento de la sanción por no consignación de cesantías correspondientes a la anualidad 2017, ya que no existe constancia de ese hecho, ni elementos de juicio para concluir buena fe de la empleadora en la omisión de esa obligación, y que precisamente dio lugar a la imposición a la sanción moratoria del artículo 65.

Reclama indemnización por terminación del contrato, sosteniendo que las reclamaciones se venían realizando desde enero de 2018, por la mora en el pago de los derechos laborales, mediante reclamaciones verbales como lo refirieron los testigos, dejando en evidencia un incumplimiento sistemático, que fue el que llevó a la empleada a renunciar al trabajo.

Insiste finalmente en el reclamo de la suma que fue descontada sin que se hubiesen realizado al fondo, de la cual omitió el juzgado pronunciarse.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:



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

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el pronunciamiento y decisión en alzada recaerá única y exclusivamente en los aspectos puntuales objeto de inconformidad para el recurrente.

I. El reparo a la sanción por no consignación de cesantías de la anualidad 2017 que desestimó el juzgado, sin mayor esfuerzo debe concluirse su prosperidad, considerando que, si bien no es de aplicación automática e inexorable bajo los alcances estimados por la corporación de cierre de la especialidad del trabajo en reiterada y pacífica jurisprudencia, a la causa no existe elemento de juicio que permita vislumbrar buena fe de la empleadora en la omisión de esa obligación, ya que de la documental arrojada con tal propósito (fl. 37), se establece la no consignación de las cesantías de la anualidad 2017.

Conforme lo anterior se condenará a la demandada a cancelar a la demandante la suma de \$24'781.559.00 a título de sanción por no consignación de cesantías a un fondo, que corresponde al periodo 15 de febrero de 2018 al 24 de octubre de 2018, cuando feneció el contrato de trabajo, sobre el monto del salario que para esa anualidad ascendió a \$2'985.730.00.



II. La inconformidad del impugnante respecto al reclamo de indemnización por despido, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento positivo del trabajo (parágrafo del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó los artículos 62 y 63 y sustituyó el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo), se confrontan las razones que con ese propósito se invocaron, pues no de otra manera se puede conceptuar su legitimidad para concluir la configuración de las justas causas previstas a favor de las partes en el mismo ordenamiento sustantivo, ya que posteriormente no podrán alegar válidamente situaciones diferentes, en desarrollo del principio de lealtad y buena fe que rigen las relaciones labores, como lo ha adocinado el Máximo juez del trabajo en reiterada y pacífica jurisprudencia, considerando que son los hechos, causas o situaciones invocados los que definen su justeza, no las normativas regladas que describen contextos abstractos en los que pueden encajar muchas situaciones particulares y concretas previstas en el mismo ordenamiento positivo del trabajo, de tal suerte que bajo esa orientación, lo que interesa es la identificación clara, precisa y detallada de los supuestos de hecho que motivan la justeza de finiquito del vínculo, y no las normativas que se indiquen para ese cometido.

La acreditación de las causas de finiquito del vínculo corresponde a la parte que decide hacerlo, lo que significa que, el empleado al decidir terminar unilateralmente el contrato de trabajo, soporta la carga probatoria de refrendar las razones invocadas en la carta que con ese fin entregó al empleador, pues sólo así podrá definirse si corresponden a alguna de las justas causas previstas en el ordenamiento positivo del trabajo a favor de aquél.

La alzada sostiene para desvanecer la decisión del aquo, que las reclamaciones de la empleada constituyen incumplimiento sistemático, por cuanto las hizo verbalmente desde comienzos de la anualidad 2018, apoyándose en el dicho de los testigos, aspecto sobre el cual por factor de



competencia se abordará su análisis para determinar si constituyen justas causas de las previstas en el ordenamiento positivo del trabajo a favor del empleado.

Las relaciones jurídicas comportan para sus vinculantes una serie de obligaciones y restricciones encaminadas a efectivizarlas equilibradamente, de suerte que faltar a ellas puede dar lugar a finalizarlas, pero para ello se requiere que el incumplimiento trascienda o impacte a tal punto que la valide, pues habrá eventos que enerve su omisión por circunstancias ajenas al incumplido, que le resulte difícil prever o sometidas a la acreditación de otros supuestos.

El ordenamiento sustantivo del trabajo impone tanto a trabajador como a empleador una serie de obligaciones especiales y prohibiciones que comportan una connotación de respeto para el recto entendimiento y cumplimiento de los fines que persigue la naturaleza del vínculo que las une, pero para que su contravención justifique el rompimiento del contrato de trabajo por uno u otro, se requiere que las transgreda o altere bajo la connotación de graves, facultándolas incluso para que autónomamente le irroguen esa calificación, además, para el caso de incumplimiento imputable a la empleadora de obligaciones legales o convencionales, el ordenamiento exige que sea “*sistemático sin razones válidas*”, lo que significa que la justeza de finiquito del vínculo por incumplimiento de obligaciones legales o convencionales por parte del empleador, no emerge de la simple acreditación de este aspecto, sino además de la comprobación de omisión repetitiva e injustificada al desacato de su obligación, aspectos estos que son los que a la postre constituyen reproche a su proceder, pues habrá situaciones que lo justifiquen, y en esos términos no existe razón legítima para derivarle alcance censurable y consecuentes sanciones, por esa razón, el mismo ordenamiento para irrogar esos alcances y consecuencias,



establece igualmente unas exigencias particulares y precisas, por cuanto sólo de esa manera se cumple el propósito por el que se encuentran normadas.

De cara a lo anterior, la prueba obrante a los autos, valorada conjuntamente bajo los principios científicos que informan su sana crítica como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente <<artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social>>, permite determinar que las situaciones invocadas en la carta de retiro no revisten la relevancia y trascendencia necesaria y suficiente para calificarlas como justificativas para romper el contrato de trabajo, ya que no encajan dentro de las previstas en el ordenamiento positivo del trabajo con esa connotación a favor del empleado, pues pese a existir constancia del acaecimiento de los sucesos endilgados, también lo es que aquellos no reúnen las exigencias requeridas para tales efectos, en cuanto no se presentaron como consecuencia de una conducta reiterativa de la empleadora, sino a pocos meses anteriores y coetáneos a la terminación del vínculo, y frente a ellas particularmente así se adujo en la comunicación, de tal surte con sujeción al texto normativo debe establecerse su justeza, por esa razón, no se aviene la inconformidad del impugnante sobre las supuestas reclamaciones verbales que exponen los testigos para derruir la decisión del juzgado, en cuanto implicaría dejar al traste lo previsto jurídicamente y que en igual sentido ha conceptualizado el tribunal de cierre de la especialidad del trabajo como se dejó consignado en precedencia.

En la carta de despido la empleada expresa frente al incumplimiento de salarios, los correspondientes a la segunda quincena de septiembre y primera de octubre anteriores a la comunicación, la no consignación de cesantías del año inmediatamente anterior, las demás situaciones que hace alusión la carta de finiquito como acontecimientos de retraso objeto de reparo para justificar la determinación, no identifica periodos, los indicados son eventuales y limitados a corto periodo, pero lo más importante, no revisten la



transcendencia para derivar la justeza de la decisión de poner fin al vínculo, pues la ley ha previsto otras consecuencias y de la misma manera la posibilidad de exigir su cumplimiento por otros mecanismos, sin llegar al extremo como lo hizo la empleada de invocarlas como justificantes para poner fin al contrato de trabajo.

Así las cosas, se evidencia que el retraso de las obligaciones a cargo de la empleadora no se encuentra inmersa en las condiciones exigidas en el ordenamiento positivo del trabajo para calificarlo como una decisión justa de la empleada de finiquitar el contrato de trabajo, acarreando como consecuencia la improsperidad de la indemnización reclamada.

III. El reclamo dirigido a obtener el pago de las sumas descontadas con destino al fondo mutuo de ahorro e inversión, está llamado a la prosperidad, ya que se encuentra probado que la empleadora descontaba periódicamente a la empleada una suma con ese propósito como lo deja en evidencia los desprendibles de nómina aportados, que la correspondiente entidad a la cual debían entregarse, certificó que por determinados periodos por cuenta de la empleadora no se realizaron, adeudando un saldo de \$2'952.515.00 (fl. 35), sobre la cual elevó reclamó la empleada antes de poner fin al vínculo (fl. 52), por lo tanto debe ordenarse su pago en ese monto, ya que no existe prueba de ello siendo carga probatoria de la empleadora hacerlo.

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

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, **CONDENANDO** a la demandada a pagar a la demandante:

7. \$24'781.559.00 por concepto de sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

8. \$2'952.515.00 por concepto de descuentos de aportes a fondo.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- Costas de instancia a cargo de la pasiva, inclúyase la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese y Cúmplase


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 012 2019 00486 01. Proceso Ordinario Juan Dagoberto Molina Bernal contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 los apoderados de Porvenir 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 12 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 la afiliación y de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión del deber de información por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; se ordene su traslado al régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todos los dineros



que recibió con motivo de su afiliación incluidos los gastos de administración o cualquier otro; y que en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento de proferir sentencia, se condene a ésta a seguir cancelándola hasta el momento en que sea incluido en nómina por parte de Colpensiones.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 2 de noviembre de 1978, realizando aportes al Fondo de Previsión Social del Congreso – Fonprecon desde el 26 de octubre de 1992.

Señaló que, como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados de pensiones, el 23 de enero de 2004 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, afiliándose con la AFP Porvenir S.A.

Indicó que al momento de su traslado la AFP Porvenir S.A. a través de su representante o promotor se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado y sus implicaciones sobre los derechos pensionales.

Agregó que no se le entregó proyecciones o comparativos del valor de su pensión en uno y otro régimen pensional; ni se le suministró información relacionada con la edad hasta la cual debía cotizar para obtener una pensión equivalente a la que se le otorgaría en el régimen de prima media con prestación definida o del capital que debía acumular para obtener una pensión equivalente al salario mínimo mensual legal vigente; ni se le informó que estando en el fondo privado el valor de su pensión sería inferior en caso de que tuviera

cónyuge o compañera, o un hijo discapacitado o menor de edad; entre otros aspectos.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo que el demandante contaba con plena autonomía para cambiarse de régimen, y que realizó la elección de este en forma libre, espontánea y sin presiones. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo que el acto de traslado se efectuó de forma libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otros.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo en esencia que la decisión de traslado de régimen del demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, y que el demandante era consciente de sus implicaciones y efectos. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

Mediante providencia del 25 de marzo de 2021² el despacho judicial de primer grado ordenó la vinculación en condición de litisconsorte necesario del Fondo de Previsión Social del Congreso de la República – Fonprecon- sostuvo en esencia que el accionante estuvo vinculado a ésta únicamente en lo relacionado

¹ Cfr fls 231 y ss. Expediente físico.

² Cfr fl 332 y ss ibidem

con las cesantías, más no para efecto de la administración de sus cotizaciones para pensión. Propuso la excepción de mérito de inexistencia de la obligación.

Frente a las súplicas de la demanda, en primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con Porvenir S.A. el 23 de enero de 2004, y declaró que se encontraba válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida; y condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea debidamente indexados y condenó a Colpensiones a recibir dichas sumas y a actualizar su información laboral.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de la AFP Porvenir S.A. y de Colpensiones interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

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

Aduce al efecto con tal propósito que la Ley 100 de 1993 establece que para que proceda la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado deben existir actos con dolo; y en el presente asunto ello no se demostró, en tanto se

evidenció que el accionante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, ni de entregar un cálculo o realizar una proyección; pues tales obligaciones surgieron con la expedición del Decreto 1748 de 2014 y la aplicación de la ley no es retroactiva.

Señala que si bien existe una línea jurisprudencial conforme con la cual no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen, aduce que no existe identidad fáctica con el presente asunto.

Sostiene que de acuerdo con lo indicado por la Superintendencia Financiera, en los casos de declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado las sumas a retornar serán los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, esto es, lo que establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, sin que se encuentre prevista la devolución de los gastos de administración en la ley; puesto que dichos valores no corresponden al afiliado al no estar destinados a la financiación de la prestación de vejez.

Señala que la condena a trasladar los gastos de administración se asimila más a condena al pago de perjuicios, y que en ese evento quien tiene la carga de acreditar perjuicio sí es el demandante y este al absolver interrogatorio de parte señaló incluso que desconocía el valor por que se pensionaría.

Por su parte el apoderado de Colpensiones solicita se revoque las condenas impuestas en contra de su representada, para lo cual aduce, en primer término, que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de traslado prevista en la Ley 797 de 1993; y de otro, que el demandante se trasladó en forma libre y voluntaria.

Agregó que de acuerdo con el salvamento de voto efectuado por el Dr. Echeverry en la sentencia 1452, los afiliados no se encuentran facultados para



solicitar la ineficacia de su afiliación cuando las expectativas son meramente económicas.

Finalmente solicitó se revoque la condena en costas y agencias en derecho impuesta en contra de su representada en la medida que no le es dado conceder o denegar los derechos pensional del accionante, con mayor cuando se encuentra inmerso en una prohibición de carácter legal.

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 ineficacia 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 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.



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.

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

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.”.



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.

Aunado a lo anterior, es importante advertir que en todo caso, 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 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 como bien lo reconoce la apoderada de la AFP Porvenir S.A., 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, la Sala avala la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP PORVENIR S.A.; a efectos de mantener intangible la

vinculación en el régimen administrado actualmente 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 determinación grupo de afiliados.

Se precisa en este punto, que a pesar de que al momento del cambio de régimen el demandante se encontraba afiliado al Fondo de Previsión Social del Congreso -Fonprecon-; lo cierto es que en los términos del artículo 52 de la Ley 100 de 1993, resulta procedente restablecer la afiliación a COLPENSIONES, en consideración a que a la fecha el accionante ya no presta servicios en el Congreso de la República y en razón a ello, no puede retornar al mismo; pues al tenor de lo dispuesto en el Decreto 2837 de 1986 en su artículo 3° únicamente pueden afiliarse los parlamentarios y empleados del Congreso.

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., 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 confirmará 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 el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, de manera que contrario a lo que plante la apoderada la AFP Porvenir S.A. tal condena no se equipara a una indemnización de perjuicios; y ninguna injerencia tiene 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.

En punto a la condena en costas impuesta a Colpensiones, es del caso tener en cuenta que en tanto que el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y que Colpensiones entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención en el proceso se hace necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar el afiliado; 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.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

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

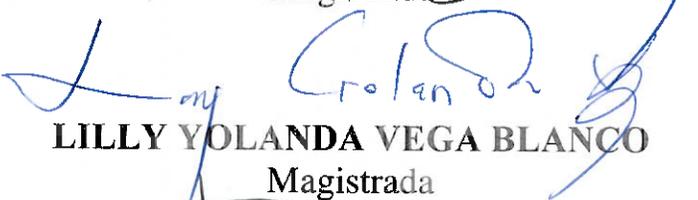
PRIMERO.— **ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad 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, las de primer grado se encuentran a cargo de la demandada Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

Ref.: Radicación N° 11001310501420180037901. Proceso Ordinario de Wilmer Barrera Carrero contra TCC SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

WILMER BARRERA CARRERO convocó a TCC SAS para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de ineficacia de la terminación del vínculo por estabilidad laboral reforzada: reintegro junto con el pago de salarios y prestaciones, sanción de 180 días, indexación y costas procesales.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Laboró para la demandada mediante varios contratos de trabajo a término fijo inferior a un año desde el 10 de marzo de 2014 hasta el 1 de febrero de 2018,



desempeñando la labor de auxiliar logístico, con un último salario mensual de \$1'203.360.00.

El 19 de mayo de 2016, sufrió accidente de trabajo manipulando bulto de 90Kg, dirigiéndose al día siguiente a la clínica de ortopedia y accidentes laborales, ordenándosele desde ese momento terapias para su rehabilitación, el 28 de octubre de 2016, el centro Colmedicos emite certificado médico de control periódico.

El 8 de agosto de 2017 sufre nuevo accidente de trabajo, remitido a la misma clínica para su atención, encontrándose en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, y la empleadora pese a su situación de salud procedió a terminar el vínculo, razón por la cual elevó de derecho de petición solicitando reintegro al puesto de trabajo, interponiendo acción de tutela que en sentencia de segunda instancia lo ordenó y la empleadora acató hasta el 7 de junio de 2018.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 17 de agosto de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderada procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que aceptaba unos y los restantes los negó o sostuvo que no le constan; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de estabilidad laboral reforzada, improcedencia de la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe y la genérica.



Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 30 de septiembre de 2020, ABSOLVIENDO de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión la apoderada de la activa interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo la impugnante que, si bien el empleado no contaba con recomendaciones para el momento de la desvinculación, de acuerdo con la prueba documental se establece que presentaba patología lumbar que le generó recomendaciones y restricciones en el puesto de trabajo, y la empresa siempre tuvo conocimiento de esa situación generadas como consecuencia de accidentes de trabajo, lo que genera estabilidad laboral reforzada.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La protección laboral de las personas con discapacidad <<originalmente limitación>> tiene sustento legal en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000 que declaró exequible su inciso segundo, bajo el entendido que el despido o la terminación del contrato de



una persona por razón de su limitación carece de efecto jurídico si no media justa causa autorizada por autoridad administrativa del trabajo.

Los alcances del aludido precepto han sido desarrollados tanto por el Máximo juez del trabajo como Constitucional, éste último de una forma más amplia, dando origen al concepto de estabilidad laboral reforzada por condición de salud hoy estabilidad ocupacional reforzada, pero en todo caso confluyen en señalar que para que esa protección surta su fin de garantizar la estabilidad en el empleo, debe reunir unas condiciones, como son, **i)** discapacidad o situación particular de salud del empleado, que implique su configuración o existencia previa a la terminación del vínculo, que incluso para el juez constitucional, la condición de debilidad manifiesta no se encuentra inmersa en este calificativo; **ii)** el conocimiento del empleador de esa condición, en cuanto es a aquél a quien le es oponible por estar llamado a garantizarla, de ahí que el texto legal imponga al empleador la obligación para terminar el vínculo de un empleado con discapacidad, obtener autorización previa de la autoridad administrativa del trabajo cuando la razón se finque en la discapacidad, pues pese a esa condición si la determinación se encuentra motivada en justa causa no habrá necesidad de acudir a la autoridad administrativa con tal propósito<<Sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018>>, en el mismo sentido, del conocimiento del empleador de la discapacidad del empleado, es que el Máximo juez constitucional para la protección de derechos fundamentales, estableció desde un comienzo la presunción de terminación del vínculo como consecuencia de la condición de salud, posición acogida igualmente por el Máximo juez del trabajo en Sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018; y **iii)** nexo causal entre la desvinculación y la discapacidad del empleado, lo que equivale a que el finiquito del contrato haya sido causa y efecto de la situación o condición del trabajador.



La reiterada y pacífica jurisprudencia de la corporación de cierre de la especialidad del trabajo frente al tema ha considerado que la protección laboral de las personas con discapacidad <<originalmente limitación>> no surge de cualquier padecimiento físico o sensorial que presente el trabajador, sino de discapacidad relevante, por lo menos moderada (entre el 15 y 25% de pérdida de capacidad laboral), pues es absolutamente claro que cualquier condición de salud no genera esa protección, así lo itera nuevamente en Sentencia SL 711 del 24 de febrero de 2021 dentro del radicado 64605, y para establecer la discapacidad o limitación, debe mediar definición o calificación emitida por autoridad instituida en la ley con tal propósito, no reportes de incapacidad, historia clínica del empleado o recomendaciones o restricciones laborales, considerando que estos instrumentos no sirven para determinarla <<sentencia SL260 del 30 de enero 2019 dentro del radicado N° 71395>>, precisamente porque la jurisdicción carece de conocimientos para discernir la condición de salud.

Existe constancia que en los meses anteriores a la fecha en que la empleadora decidió terminar el contrato, el empleado no reportaba incapacidades, y durante su vigencia tan sólo le fueron otorgadas nueve interrumpidas para un total de 21 días, de las cuales tres corresponden a los accidentes de trabajo y las restantes a riesgo común, las cuales no son suficiente para considerar una situación de discapacidad, mucho menos la condición de discapacitada que exige la norma, al punto que la entidad aseguradora de riesgos laborales ARL Sura, posterior a la finalización del vínculo inicial –no cuenta que estuviese vinculado ya que esa situación surgió como consecuencia de la orden constitucional-, definió que el acaso sufrido y generador de la mayoría de las incapacidades, no produjo ninguna secuela o merma en el trabajador, al establecer 0.00% de pérdida de capacidad laboral



La anterior situación deja en evidencia que durante la existencia de la relación laboral suscrita por las partes, el trabajador no *reportaba* ninguna discapacidad, y en el mismo sentido, la empleadora no tuvo *conocimiento* de esa condición, presupuesto que no se puede deducir de los documentos de reportes de incapacidades discontinuas, recomendaciones y restricciones laborales e historia clínica, considerando que estos instrumentos no sirven para determinar la condición de discapacidad como lo consignó el Máximo órgano de cierre de la especialidad en la aludida sentencia SL260 del 30 de enero 2019, sino la calificación emitida por autoridad instituida en la ley con tal propósito, se itera, no obstante ser posterior al finiquito del vínculo, arrojó como resultado 0.00% de pérdida de capacidad labora, por esa misma razón, no puede decirse con acierto jurídico que la causa de la extinción del vínculo por parte de la empleadora fue consecuencia de aquella, principalmente cuando el acervo probatorio valorado en conjunto bajo el principio de la sana critica como lo exige el ordenamiento procesal legal vigente, permite concluir que la empleadora conocedora del accidente que no generó en el trabajador impedimento para continuar ejecutando o realizando la labor contratada, continuó con sus servicios hasta cuando haciendo uso de la prerrogativa prevista en el ordenamiento positivo del trabajo decidió finalizarlo.

La valoración conjunta de la prueba bajo el principio de su sana crítica permite concluir que en el caso que ocupa la atención no se consolidan los presupuestos que irrogan protección por discapacidad a los trabajadores, de tal suerte que no surge la presunción que la terminación del vínculo haya sido causa y efecto por condición de discapacidad que no presentaba el empleado, y que tiene que ver con el tercer presupuesto del nexo causal entre la desvinculación y la discapacidad del empleado, y la ausencia de este requisito lleva a concluir que la decisión de la empleadora de finiquitar el contrato de trabajo, no fue otra que la prerrogativa prevista en la normativa positiva del trabajo para su terminación, y no la presunta condición de



discapacidad planteada por la activa, que corresponde el tercer presupuesto del nexo causal con la desvinculación por la discapacidad del empleado.

No obstante asistirle razón al juzgado en que el empleado no gozaba de estabilidad laboral reforzada, esa era la única razón válida para negar lo anhelado sin entrar a cuestionar la decisión constitucional que ordenó su reintegro, considerando que no es del resorte de su competencia, de tal manera que no resultaba acertado que declarara dejar sin efectos definitivos la decisión proferida en sede de constitucionalidad, pues en ese trámite lo que se valoró fue el amparo de derechos fundamentales, por la misma razón, concedió el amparo transitoriamente para que la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo, por ser la competente, definiera la controversia jurídica.

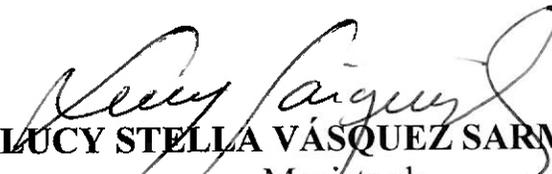
DECISIÓN:

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

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-014-2020-00067-01. Proceso Ordinario de José Joaquín Casas Sarmiento contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de mayo 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 Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., efectuado en el mes de marzo de 200 y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su



afiliación que reposen en la cuenta de ahorro individual, teniendo como válidamente afiliada en el RPM administrado por Colpensiones, contabilizándose las mesadas cotizadas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 20 de enero de 1961, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 59 años de edad; que se afilió al entonces ISS el 27 de julio de 1988, no obstante, se afilió en el RAIS a la AFP Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el mes de marzo de 2001, momento en el cual no se le brindó la debida información respecto de las prestaciones que se le reconocerían en el RAIS, los beneficios y desventajas del mismo; que el actor ha efectuado aportes al Sistema General de Pensiones por un total de 1.410 semanas cotizadas; que efectuando la proyección pensional, en Colpensiones la mesada ascendería a la suma de \$3.776.360, mientras que en el RAIS la misma sería por el monto de \$1.595.237; que radicó solicitudes de ineficacia o nulidad ante Colpensiones y Porvenir S.A. el 5 de noviembre de 2019, siendo desatadas de forma negativa mediante oficios BZ2019_14898433-3279539 y 0100222103552800, respectivamente.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la AFP Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado. 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, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La demandada Porvenir S.A., solicitó se revoque la decisión en lo atinente con la ineficacia del demandante, así como las condenas impuestas, teniendo en cuenta que no hay razones fácticas o jurídicas para la declaratoria de ineficacia, pues la decisión tomada fue de forma consciente y espontánea, de acuerdo con la suscripción del formulario de afiliación que cumplía con los requisitos establecidos en la Ley, el que fue aprobado por la entonces Superintendencia Financiera de Colombia, aunado, con que se puso de presente los presupuestos de la afiliación. Así mismo, advierte que si bien no se desconoce el precedente jurisprudencial y teniendo en cuenta que la misma Corte Suprema de Justicia ha establecido diferentes momentos para el deber de información, en dicha época, solamente se exigía entregar la información clara y suficiente, la que se otorgó al actor, para que decidiera respecto de su traslado, sin que exista coacción o información errónea, por lo que la afiliación goza de plena validez y eficacia. Respecto a la condena de devolver rendimientos y gastos de administración, no es coherente declarar la ineficacia en unos sentidos y en otros no, pues al declararse tal ineficacia la consecuencia jurídica es como si el negocio jurídico no se hubiere dado jamás, por lo que los frutos generados con la afiliación tampoco se generaron, debiéndose advertir que los rendimientos financieros al ser exclusivos del RAIS, pondrían en situación diferente al actor por pertenecer al RPM, estando en contra del artículo 896 del Código de Comercio, aunado, con que dichos montos tienen una destinación específica en el RAIS, sumas que fueron invertidas y no están en por de la demandada,



pues se otorgaron por la correcta administración de la cuenta de ahorro del demandante, al igual, que la devolución de los gastos de administración van en contravía de lo expuesto por la Superintendencia Financiera quien supervisa a las AFP y emiten temas doctrinales, entidad que ha señalado que el traslado de recursos se origina por el artículo 7° del decreto 3995 de 2008. Por último, al no declararse la nulidad, ni ordenarse la devolución de los dineros, debe desestimarse la condena en costas impuesta.

Por su parte, Colpensiones solicitó se revoque el fallo proferido y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que al momento de proferirse la sentencia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el sentido que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre el actor y la AFP, y como los efectos son inter partes, de forma independiente a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, no se puede beneficiar, ni perjudicar a Colpensiones pues no tuvo que ver con la decisión adoptada por la parte actora y por tanto, no debería condenarse a la entidad a recibir como afiliado al actor, pues se estaría afectando el principio de estabilidad financiera del sistema de pensiones conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el A.L. 01 de 2005, pues ello tiene un impacto en la reserva pensional, más aún, cuando con la declaratoria de ineficacia no se afecta gravemente a la AFP que dio origen a la misma, pero sí se afecta de forma mayor a la entidad pública, que se materializa en el eventual reconocimiento de un derecho pensional, de ordenarse la ineficacia, solicita se condene a la demandada a pagar los perjuicios que ocasione el retorno del demandante al 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, posición

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



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

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).



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 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 Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional 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 adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

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



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir 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 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 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.



Como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Ahora bien, frente a la solicitud que eleva Colpensiones para el cobro de los eventuales perjuicios, se hace necesario señalar que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con la facultar para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante.

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 del actor 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 y no la administradora privada.

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 las administradoras privadas, 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 precisar que si bien la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria es la encargada de la vigilancia, supervisión y control de las administradoras de fondos de pensiones y por ello, emiten conceptos referentes al RAIS, también lo es, en primer lugar que los conceptos que emite dicha entidad no son de obligatorio aplicación en la jurisdicción ordinaria laboral y en segundo lugar, por cuanto el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, ha establecido por intermedio de su reiterada jurisprudencia, la necesidad de trasladar los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración que se hayan depositado en la cuenta de ahorro individual del afiliado o se hayan descontado del aporte mensual con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para poder financiar el futuro derecho pensional, concepto último que es el acogido por la Sala de Decisión.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo de las demandadas y las de esta instancia a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

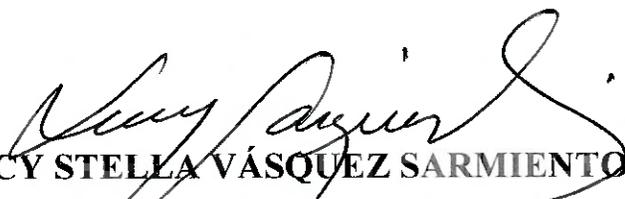
DECISIÓN:

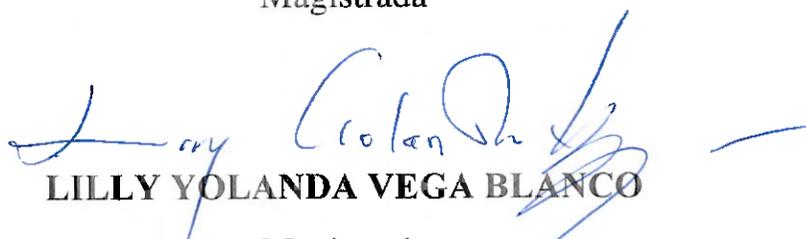
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia a cargo de las demandadas y las 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 LABORAL**

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 015 2017 00583 01. Proceso Ordinario de Sandra Carolina Castro Archila contra Compañía Multinacional Genesys Telecommunications Laboratories Colombia Ltda. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 4 de diciembre de 2017.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que es beneficiaria de la garantía de estabilidad laboral reforzada por su estado de salud y que su despido se produjo en forma unilateral e injustificada; se condene a la demandada a mantener su vinculación mientras termina sus procedimientos médicos o



realiza los trámites para acceder a la pensión de invalidez, así como el pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1996, equivalente a 180 días de salario.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que se vinculó con la demandada mediante contrato individual de trabajo a término indefinido a partir del 13 de enero de 2014.

Adujo que en el mes de noviembre de 2014 le fue diagnosticado cáncer de ovario, el cual ha afectado su salud de forma constante y persistente, y la ha llevado a estar en tratamiento continuo y permanente de quimioterapia.

Indicó que al iniciar el año 2016 se encontraba en condiciones críticas que la llevaron a someterse a quimioterapias múltiples con transfusiones de sangre y de plaquetas como consecuencia de las hemorragias; para lo cual, por solicitud de su jefe programó los días viernes para evitar ausentarse al inicio de cada semana.

Sostuvo que a pesar de que la compañía siempre fue informada de tal diagnóstico, el trámite y sus condiciones de salud, el 10 de agosto de 2016 fue despedida sin justa causa.

Refirió que promovió acción de tutela la cual le correspondió por reparto al Juzgado 44 Civil Municipal de Bogotá, autoridad judicial que en amparo en forma transitoria de sus derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso, vida, entre otros, ordenó su reintegro al cargo que venía desempeñando y que asimismo procediera a efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales como si no hubiera existido solución de continuidad, junto con la indemnización prevista en el artículo 26 de la



Ley 361 de 1996. Y que tal determinación fue confirmada por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la acción oportunamente en oposición a las pretensiones de la demanda, para lo cual sostuvo en esencia que no obra prueba de la cual se pueda establecer que la demandante es sujeto de especial protección contra el despido; en la medida que para el momento del despido no se encontraba incapacitada, no contaba con recomendaciones médicas vigentes, ni había iniciado los trámites tendientes a la calificación de pérdida de la capacidad laboral. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de estabilidad laboral reforzada, pago, compensación y falta de causa legítima.

El *aquo*, profirió sentencia en la que declaró como amparo o decisión definitiva, que le asiste derecho al reintegro de la demandante en forma definitiva y absolvió a la demandada del reconocimiento y pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1996.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que de acuerdo con el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL 18258 de 2017 y SL1360 de 2018, no es necesaria la calificación de la pérdida de capacidad laboral del trabajador y que es al empleador a quien le corresponde la acreditación que la finalización del contrato de trabajo obedeció a un aspecto ajeno al estado de salud del trabajador, lo cual en el asunto sostiene no ocurrió debido a que en la misiva de terminación del contrato simplemente se adujo que era una despido injustificado, a sabiendas del estado de salud en que se encontraba la demandante.



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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la decisión de primer grado y en su lugar, se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; para ello aduce en esencia que la demandante no es beneficiaria del mecanismo de protección que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Aduce al efecto que la demandante no cumple con los supuestos establecidos legal y jurisprudencialmente para ser beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada para personas que tienen una limitación, pues para el momento de la terminación del contrato no presentaba ningún porcentaje de pérdida de capacidad laboral y tampoco tenía ninguna recomendación médica, lo que afirma no se presentaba desde el año 2015 cuando por orden médica se reintegró a trabajar.

Señala que la Corte Suprema de Justicia en ningún momento ha variado su posición en cuanto a que en estos asuntos no se requiera de la calificación, y que en incluso en sentencia 3520 de 2018, reafirmó que son necesarios tres requisitos para la protección de la referida estabilidad, a saber: *i)* que el trabajador se encuentre en un estado de limitación moderada, severa o profunda; *ii)* que el empleador conozca de dicho estado de salud; y, *iii)* que la terminación unilateral del contrato de trabajo sea por razón de esa limitación; requisitos que a su juicio no se encuentran acreditados en el asunto, pues aunado al hecho de que la



demandante careciera de una calificación de pérdida de capacidad laboral, su representada no tuvo conocimiento sobre eventuales disminuciones en su condición de salud con posterioridad al mes de diciembre de 2015, y porque se estableció que el contrato de la demandante se dio por terminado ante su bajo rendimiento laboral y la sinergias de su representada.

Agrega en el mismo sentido que, de acuerdo con el criterio de la Corte Constitucional, no basta con cualquier limitación en la salud para que el trabajador se beneficie de la protección especial contra el despido, pues la limitación debe ser de tal magnitud que afecta sustancialmente el desempeño de sus funciones; condición que aduce no se presentaba en el caso de la demandante.

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

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación y, en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contraerá a definir, si opera o no a favor de la demandante la protección contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y como consecuencia de ello resulta procedente ordenar su reintegro en forma definitiva.

Con tal propósito corresponde señalar que no fue objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado dentro del plenario el vínculo laboral que las unió desde el 13 de enero de 2014 y que la demandada terminó de forma unilateral e injustificada el 10 de agosto de 2016; pero



que por virtud de orden judicial, fue reintegrada nuevamente sin solución de continuidad. Conclusiones a las que arribó el servidor judicial de primer grado y que por demás se verifican con la documental visible a folios 13 a 15, 17, 18 y 159 a 182.

Precisado lo anterior se debe recordar que, acorde con la Ley 361 de 1997 en materia de integración para personas con limitación física, se contempló en el artículo 26 de dicho conjunto normativo el beneficio de la estabilidad laboral reforzada, para evitar que sus contratos de trabajo fueran terminados por razones de su limitación, a no ser que la autoridad administrativa competente para ello -Ministerio del Trabajo- autorice el fenecimiento del vínculo. En aquella disposición fue prevista como sanción al empleador cuando no hiciera uso de la autorización de la oficina del trabajo, una indemnización equivalente a 180 días de salario sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Sin embargo, en virtud del estudio de constitucionalidad previsto por la sentencia C-531 de 2000, se declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo de la norma que contemplaba únicamente la indemnización por ese monto, para entrar a interpretarse que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

En este punto corresponde tener en cuenta que de acuerdo con la hermenéutica dada a dicho precepto por la Corte Constitucional en sentencia C-824 de 2011 los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no son únicamente las personas con limitaciones moderadas, severas y profundas, sino todas las personas con limitación sin distinción alguna. Al respecto indicó la alta Corporación:



“Los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no se limitan a las personas con limitaciones severas y profundas, sino a las personas con limitaciones en general, sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación, esto es, sin especificar ni la clase, ni la gravedad de las limitaciones.

Así, en todo el cuerpo normativo de la Ley 361 de 1997, la Sala constata que los artículos relativos a la protección de la salud, educación y en materia laboral, así como en aspectos relativos a la accesibilidad, al transporte, y a las comunicaciones, hacen siempre referencia de manera general a las personas con limitación, a estas personas o a ésta población, sin entrar a realizar tratos diferenciales entre ellas, que tengan origen en el grado de limitación o nivel de discapacidad.

En este sentido, evidencia la Sala que el propio Legislador se expresa siempre en relación con las personas con limitaciones, y no restringe los derechos, beneficios o las garantías establecidas en los artículos que consagra la Ley 361 de 1997, a aquellas personas que tengan limitaciones profundas y severas. Por tanto, colige la Corte que la voluntad del Legislador con la expedición de la Ley 361 de 1997, fue la de garantizar y asegurar los derechos, la asistencia y protección necesaria de todas las personas con algún tipo de limitación, sin entrar a hacer diferenciaciones en relación con el grado de limitación o de discapacidad. (...)”

Pese a lo anterior, corresponde precisar, que dicha protección se encuentra dirigida a las personas que presentan una afectación en su salud que les impide o dificulta el desempeño de sus labores, como lo haría otra persona en condiciones regulares, de esta forma lo señaló la propia Corte Constitucional en la sentencia SU 049 de 2017, al indicar *“...la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones*



regulares...” de manera que no cualquier clase de dolencia permite dar aplicación a la protección de estabilidad laboral reforzada en mención.

En este mismo sentido considera la Sala oportuno indicar que de acuerdo con anexo técnico del Decreto 1507 de 2014 la determinación del grado en una clase de deficiencia, se efectúa “...cuando la persona objeto de la calificación alcance la *Mejoría Médica Máxima (MMM)* o cuando termine el proceso de rehabilitación integral...” de manera que exigir que se haya calificado al trabajador para el momento en que se produce la terminación del contrato o el despido, como lo plantea la recurrente, torna nugatoria la protección que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, luego del examen de constitucionalidad efectuado en la sentencia C-531 de 2000.

Al respecto la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencias SL10538-2016 y SL2797-2020 indicó:

Igual situación se predica del dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, pues de acuerdo con lo enseñado por la Corte, ese documento no está instituido como prueba solemne de la condición de discapacidad del trabajador o de la pérdida de su capacidad laboral, de manera que, en estos casos, el juez del trabajo tiene libertad probatoria. En la sentencia SL10538-2016, se indicó al respecto:

(...)

En consecuencia, al no estar en presencia de un medio probatorio solemne, en el sub lite al Juzgador de alzada le era permitido, conforme a la potestad de apreciar libremente la prueba, acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad o lo persuada mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso, en atención a lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y sobre todo en casos tan especiales como lo es la protección de un derecho fundamental como ocurre en el asunto de marras.



De los criterios anteriores se extrae: i) tanto el carné de que trata el artículo 5 de la Ley 361, como el dictamen pericial de las JCI, son algunos de los medios de prueba, no solemnes, con los cuales se puede acreditar el grado de la limitación física, psíquica y sensorial; ii) habrá casos, según la patología, en los que el Juez sólo podrá verificar tal supuesto de hecho con los dictámenes de las JCI y iii) en otros eventos, el Juzgador tiene libertad probatoria.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, observa la Sala que, de acuerdo con el reporte de historia clínica de la demandante expedido por la Clínica del Country y la historia clínica expedida por el Hospital Universitario Clínica Santa Fe, a la accionante le fue diagnosticado cáncer de ovario desde el 24 de noviembre de 2014, cuyo tratamiento implicó en ese momento “*HISTERECTOMÍA ABDOMINAL TOTAL*” así como el reconocimiento de incapacidades médicas desde el 10 de diciembre de 2012 hasta el 3 de septiembre de 2015.

Se advierte así mismo tanto en los reportes de historia clínica expedidos por la Clínica del Country, como en las historias clínicas expedidas por el Hospital Universitario Clínica Santa Fe, en relación con el estado de salud de la demandante, se documentó en el año inmediatamente anterior al despido de la demandante que a partir del 9 de septiembre de 2015 el médico tratante determinó que contaba con la posibilidad de reintegrarse a su puesto de trabajo, circunstancia de la cual informó la demandante a su empleador mediante correo electrónico del 5 de septiembre de 2015¹, cuando indicó que los exámenes habían salido bien.

Con posterioridad a ese momento se advierte en la misma documental que la demandante continuó en consultas los días 18 de septiembre, 29 de septiembre, 13 de octubre, 11 de noviembre, 2 de diciembre, 3 de

¹ Cfr fl 248



diciembre y 21 de diciembre de 2015, así como los días 14 de enero, 9 de febrero, 1° de marzo, 25 de abril, 9 de junio, 16 de junio, 25 de julio y 3 de agosto de 2016; y la última incapacidad que se expidió en favor de la demandante se presentó entre los días 4 y 10 de marzo de 2016².

Dimana de esa forma con meridiana claridad que el reintegro de la demandante a su puesto de trabajo, después de más de 9 meses de incapacidad se dio a menos de un año de la data en que se produjo el despido, y que a pesar de que el médico tratante consideró que la sintomatología que presentaba le permitía reincorporarse a su puesto de trabajo; también lo es, que su patología requirió de un tratamiento continuó y constante, en el que, conforme se dejó consignado en su historia clínica, presentó una recaída para el mes de diciembre de 2015, que conllevó a que se reanudara el tratamiento con quimioterapias, presentando complicaciones en el ciclo 3 por anemia requiriendo transfusiones.

Ahora, si bien se advierte que en el último control que se realizó a la demandante en el mismo mes en que se produjo el despido, el médico tratante consideró que la enfermedad se encontraba estable; ello en modo alguno puede entenderse en una mejoría o la superación del estado patológico de la demandante, al punto que en dicha oportunidad se prescribió medicamento específico con el objeto de prolongar la “*SOBREVIDA DE LA PACIENTE*” y procurar una mejora significativa a su calidad de vida.

En tal sentido, contrario a lo que plantea la parte accionada en la alzada, para el momento en que finalizó el vínculo laboral la demandante no presentaba una dolencia menor, como lo plantea en la alzada la

² Cfr fl 121.



tratamiento de alto impacto que merma la calidad de vida de la trabajadora y que en consecuencia dificulta el desempeño de sus labores, cuenta de ello lo da el hecho de que la propia accionada reconoció al contestar la demanda que luego de que la demandante se reintegró a su puesto de trabajo, disminuyó su rendimiento laboral; lo que a juicio de la Sala denota que la accionante sí se encontraba en un estado de debilidad manifiesta y por ende, era beneficiaria de la protección laboral que tal condición dimanaba.

En punto al conocimiento de la demandada de la condición de salud de la demandante, advierte la Sala que el deponente Diego Eugenio Palmieri, quien ostentaba la calidad de Director de Canales para Latinoamérica, y en tal condición era el superior de la demandante, indicó que con posterioridad a la fecha en que esta última se reintegró tenía conocimiento de que debía asistir a controles y chequeos médicos, circunstancia que además corrobora el hecho de que los constantes controles a que se hizo alusión en forma precedente se llevaron a cabo en días laborales.

Ahora; aun cuando aduce la demandada que el retiro la demandante no obedeció a su condición de salud, sino a su desempeño de cara a las actividades a su cargo, así como por la reestructuración que llevó a cabo, y que el deponente Diego Eugenio Palmieri, indicó que la accionante fue puesta en un plan de trabajo entre los meses de febrero y mayo de 2016; no es posible determinar la manera en que el referido plan concluyó, en todo caso, llama la atención el hecho de que la terminación del contrato se produjo tres meses después de que el mismo finalizó, y no se puso de presente alguna de tales circunstancias en la comunicación que se entregó a la demandante para finalizar el contrato, tal como se lo exigía el artículo 66 del C.S.T.



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-015-2017-00583-01. Proceso Ordinario de Sandra Carolina Castro contra Cía Multinacional Genesys Telecommunications Laboratories de Colombia Ltda. (Apelación sentencia).

En este punto advierte la Sala que en los términos del artículo 251 del C.G.P. es posible tener en cuenta la documental visible a folios 253 a 257; sin embargo, la misma si bien da cuenta del plan de prueba en el que estuvo la demandante, no justifica el hecho de que no se acredita el resultado que obtuvo la demandante a la finalización del referido plan, ni que la decisión de finalizar el vínculo se produjera más de dos meses después de la fecha en que aquél terminó.

En las condiciones analizadas, ningún reproche merece a la Sala la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado, en tanto efectivamente se verifican las condiciones para la protección derivada por su estado de salud. Sin costas en esta instancia.

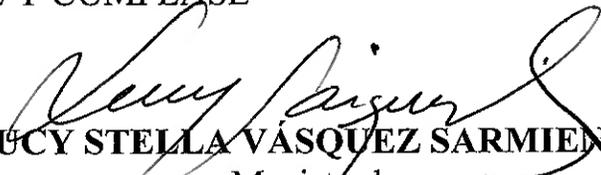
DECISIÓN:

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

RESUELVE

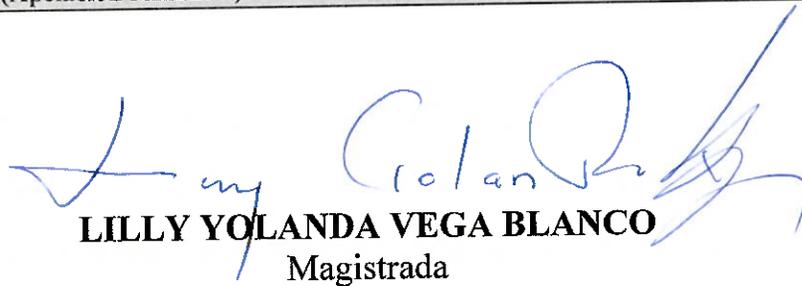
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el servidor judicial de primer grado. Sin lugar a su imposición de costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-015-2017-00583-01. Proceso Ordinario de Sandra Carolina Castro contra Cía Multinacional Genesys Telecommunications Laboratories de Colombia Ltda. (Apelación 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., trece (13) de octubre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-016-2019-00556-01. Proceso Ordinario de María Consuelo Amaya López 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 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 demandada Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de marzo de 2022; 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 ineficacia de su traslado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los bonos, frutos e intereses, teniéndolo como afiliado al RPM y las costas del proceso.



Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se afilió al RPM el 4 de febrero de 1985, no obstante, en el año 2003 recibió asesoría por parte de la AFP Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para trasladarse al RAIS, por lo que se le informó a la accionante, que era lo mejor para su derecho pensional, pues el ISS atravesaba por una mala situación financiera, que la mesada pensional sería igual o superior, aunado, con que se podría pensionar de forma anticipada, sin embargo, no le indicó que su mesada podría disminuir por estar casada, situación por la que suscribió el formulario de afiliación en el año 2003, sin que se le brindara una asesoría comparando los regímenes pensionales, que podía trasladarse hasta los 47 años; que elevó solicitud de traslado ante Colpensiones y Horizonte el 27 de agosto de 2013, las que fueron negadas el 9 de diciembre y 5 de noviembre de la misma anualidad, decisiones contra las que se interpuso recurso de reposición y que a la fecha nos han sido resueltas; que elevó ante Porvenir solicitud de simulación pensional el 2 de octubre de 2018, la que fue desatada el 4 de octubre de 2019, en la que se informó que el actor podría tener su derecho pensional a los 60 años, en la suma de \$781.242; que elevó solicitud de nulidad o ineficacia ante Colpensiones el 9 de febrero de 2019, la que fue negada por la entidad el 11 de febrero de 2019, bajo el supuesto que estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; que el 14 de febrero de 2019 elevó petición ante Porvenir para que se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación, así como para se otorgaran los documentos de la asesoría, siendo resuelta de forma desfavorable mediante oficio del 22 de febrero de 2019, por cuanto la actora contaba con 54 años, no obstante, no hizo entrega de los documentos, por lo que se interpuso acción de tutela, que finalizó con sentencia del Juzgado 47 Civil Municipal, en la que se amparó el derecho, por lo que Porvenir S.A. hizo entrega del formulario de afiliación el 29 de mayo de 2019, sin embargo, dicho formulario está mal diligenciado, por cuanto se informa como fecha de

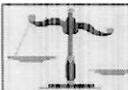


traslado el día 1° de julio de 2004, y contradice la historia laboral que lo señala desde el año 2003.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, sumas adicionales de aseguradora, bonos pensionales y todo concepto que se haya recibido por concepto de cotizaciones y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndolo como válidamente afiliado al RPM. 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, el apoderado de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, el que fue concedido en la oportunidad pertinente.

El apoderado de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, teniendo en cuenta que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, pues la demandante ya está incurso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, aunado, con que se aduce la ineficacia por falta de información, sin embargo, Porvenir cumplió con todas las exigencias para el año 2004, momento para el cual estaba



traslado el día 1º de julio de 2004, y contradice la historia laboral que lo señala desde el año 2003.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, sumas adicionales de aseguradora, bonos pensionales y todo concepto que se haya recibido por concepto de cotizaciones y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndolo como válidamente afiliado al RPM. 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 Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

El apoderado de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, teniendo en cuenta que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, pues la demandante ya está incurso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, aunado, con que se aduce la ineficacia por falta de información, sin embargo, Porvenir cumplió con todas las exigencias para el año 2004, momento para el cual estaba



vigente el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y la Circular 19 de 1998 de la Superintendencia Financiera, la cual entendía que era válido y se materializaba el traslado de régimen pensional cuando se suscribiera el respectivo formulario, por lo que no estaba en la obligación de aportar documentos distintos al formulario, por lo que brindó una información clara, completa y comprensible de forma verbal y no fue sino hasta la Ley 1748 de 2014. Aunado a lo anterior, Porvenir está en una imposibilidad y una carga injusta probatoria, teniendo en cuenta que no hay documentos distintos al formulario de afiliación que acrediten la voluntad de la demandante de vincularse al régimen de ahorro individual, así como, que si bien se ha proferido jurisprudencia por la Corte Suprema de Justicia, también lo es, que la misma no estaba vigente para la época del traslado.

Así mismo, señaló que tampoco es exigible a Porvenir que para el año del 2003 o 2004 se diera cumplimiento a las características sobre el RAIS conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, dado que estos pronunciamientos datan del año 2008, es decir, 4 años después de la suscripción del formulario de afiliación, por lo que se puede concluir que el traslado de la demandante fue válido, dando su consentimiento. Finalmente, manifestó que tampoco es procedente la devolución de dineros, tales como los gastos de administración y sumas de dinero distintas a cotizaciones y rendimientos, teniendo en cuenta que la Superintendencia Financiera de Colombia también ha establecido que cuando hay una ineficacia en el traslado las únicas sumas de dinero que se deban retornar con destino hacia Colpensiones, son las cotizaciones y los rendimientos, sin hacer mención alguna, a gastos de administración o seguros de prima o a cualquier otro tipo de dinero, ya que tales emolumentos no le pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes, al igual, que al ordenarlos se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, en el entendido que no hay una norma legal, ni constitucional que así los disponga, situación que va



de la mano con el artículo 113 literal b) de la ley 100 de 1993, que establece los conceptos a trasladar, por lo que se entiende que los gastos de administración son una contraprestación a la actividad de Porvenir en la generación de rendimientos, en todo caso, se debe declarar la prescripción respecto de los gastos de administración o de sumas distintas al capital de la cuenta de ahorro individual, teniendo en cuenta que estos no están llamados a financiar la pensión de vejez de la demandante y por ende no gozan del carácter de imprescriptibilidad como lo es el derecho a la pensión de vejez.

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 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.

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 Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional 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 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 Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura se 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.

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 y no la administradora privada, lo que no implica un enriquecimiento sin causa en favor de la entidad pública. Así mismo, debe mencionarse que en efecto la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, establecieron la prohibición de traslado cuando el afiliado se encuentre a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, no obstante, como lo declarado es la ineficacia, ello implica que



el traslado nunca se generó y por tanto la señora Amaya López nunca estuvo cobijada por dicha normatividad.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo de las demandadas y las de esta instancia, a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de primera instancia estarán a cargo de



las encartadas; las de esta instancia, a cargo únicamente de la 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., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 017 2019 00296 01. Proceso Ordinario Edgar Humberto Cardozo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia absoluta de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que administraba el fondo de pensiones y cesantías Colfondos S.A., que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliado a dicho régimen y que debe quedar afiliado al régimen de prima media con prestación definida; se condene a Colpensiones a aceptar su traslado al régimen de prime media con prestación definida y a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que



hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que en el mes de junio de 1997 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado en su momento por el ISS, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., luego de que recibiera una visita por parte de los promotores de ésta en su lugar de trabajo.

Señaló que fue persuadido de trasladarse por parte del promotor de la AFP Colfondos al indicársele que su traslado al RAIS era obligatorio por no ser beneficiario del régimen de transición, que dicho régimen le permitiría afiliarse de manera anticipada bajo una modalidad en la que se pensionaría con una mesada pensional a la que le correspondería en el ISS, y que esta última se iba a acabar y los aportes en ella efectuados se perderían sino se afiliaba al RAIS.

Afirmó que al darse cuenta de que lo que se le había indicado era un engaño, el 25 de septiembre de 2018 radicó ante Colfondos S.A. solicitud de nulidad del acto de afiliación.

Refirió que devengaba un salario integral de \$12'257.000,00 y que el valor proyectado de su pensión de vejez a los 62 años es de \$4'152.000 lo que afirma no es un reflejo cercano de los salarios que devengo y sobre los que efectuó cotizaciones.

Finalmente refiere que las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. incumplieron sus obligaciones desde el momento de la afiliación hasta la fecha de presentación de la demanda.



Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.¹ adujo en su defensa que la afiliación que la vinculó con el demandante, goza de plena validez ante la ley y fue producto de un acto voluntario que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación en los términos del Decreto 1642 de 1995. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.² indicó que en lo que a ella respecta sí brindó la información al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.³ sostuvo que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción y enriquecimiento sin justa causa.

Finalmente, la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones- indicó que no se allegó prueba que permita establecer la configuración de causales de nulidad, y que el demandante decidió trasladarse en uso de sus facultades de libre escogencia de régimen pensional.

¹ Cfr fls 158 y s.s. expediente digitalizado archivo “2019-296”.

² Cfr fls 228 y s.s. ibidem.

³ Cfr fls 262 y s.s. ibidem.



Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz y que en consecuencia no produjo efectos jurídicos y que se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida; como consecuencia de ello ordenó a Skandia S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de las aseguradoras, bonos pensionales, rendimientos e intereses incluyendo gastos de administración; así mismo ordenó a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los dineros que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del demandante a títulos de gastos de administración; ordenó a Colpensiones recibir el traslado de fondos que efectúen las demás demandadas y convalidarlos en la historia laboral del demandante y condenó en costas a las demandadas.

Inconformes con la anterior determinación la apoderada de la AFP Porvenir S.A. y el apoderado de Colpensiones interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. recurrió la determinación relativa al pago de los gastos de administración, para lo cual aduce en esencia que la determinación en tal sentido desconoce la ley, pues en ella es que se prevé tales descuentos se efectúan en los dos regímenes pensionales, de manera que no es algo que tenga que ver con la presunta falta al deber de información.

Por su parte el apoderado de Colpensiones interpone recurso de apelación en relación con la condena en costas, toda vez que su representada en su tercero de buena fe que tuvo que ser citado al proceso y la oposición a las pretensiones de la demanda se encuentra soportada en la ley, puesto que el



demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado por tener menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

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 ineficacia 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 Zuluaga⁴, posición que fue

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

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

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

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

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



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.

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.



Aunado a lo anterior, 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 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 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 el servidor judicial de primer grado.



Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., y como consecuencia de ello las que posteriormente se realizaron con la AFP Horizonte S.A. y Old mutual S.A.; a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado actualmente 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.

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 Old Mutual 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, las AFP Porvenir S.A. y Colfondos se encuentran obligadas a devolver las sumas que recibieron por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado; motivo por el que se confirmará la determinación que acogió sobre el particular el *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 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, 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, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones accionadas que en el término de treinta (30) días hábiles den cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.



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 y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención se hace necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar el afiliado; 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.

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

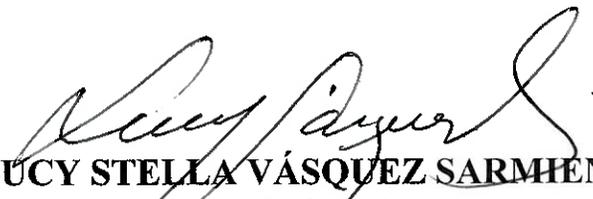
PRIMERO.— ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



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

TERCERO.- COSTAS en primera instancia exclusivamente a cargo de las demandas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías S.A.; y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05 018 2020 00082 01. Proceso Ordinario de Mauro Fernández Calderón contra Colpensiones (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El accionante solicitó mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por su esposa a partir de la misma fecha de reconocimiento del derecho pensional; se condene a la demandada a su reconocimiento junto con los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas adeudadas.



Como sustento de sus pretensiones indicó en esencia que el entonces Instituto de Seguros Sociales reconoció en su favor pensión de vejez mediante Resolución 003014 de 1997, a partir del 1° de abril de la misma anualidad.

Señala que contrajo matrimonio con la señora Cecilia Duque Gutiérrez, con quien además de compartir techo, lecho y comedor, depende económicamente de él, debido a que no percibe ingresos por ningún concepto.

La *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que los incrementos pensionales por persona cargo que establecía el Acuerdo 049 de 1990 fueron derogados por la Ley 100 de 1993 y el régimen de transición que éste previó únicamente opera frente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y la tasa de remplazo; determinación que soportó en la sentencia SU 140 de 2019.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente en esencia que si bien era cierto que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no hizo mención a los incrementos pensionales; también lo era que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no fue derogado en forma tácita o expresa; con mayor razón cuando no se trata de un auxilio sino de un incremento pensional.



Aduce en tal sentido que sí es procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales deprecados en la medida que cumple con los supuestos legales, fácticos y jurídicos.

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

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión entre las partes que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución 003014 de 1997, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 en condición de beneficiario del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; corresponde a la Sala determinar si resulta o no procedente el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% y en caso afirmativo, establecer el momento de su exigibilidad, así como, proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

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



expedición de la Ley 100 de 1993, los que por demás se soportan en un profuso análisis de la jurisprudencia existente en punto al régimen de transición. Al punto se señaló en la referida decisión:

“Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un régimen de transición que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa legítima, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.

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

3.2.8. Con dicho propósito, la Ley 100 de 1993 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas



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

(...)

3.2.11. En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ibíd.

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

(...)

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

En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales, particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja



familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres, los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017[173].

La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2° de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde “al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. (...)”. De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 “la contribución no remunerada de las mujeres alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros”.

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

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990



Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio, considera la Sala, ningún reproche merece la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado, en tanto, como se advirtió, si bien al demandante se le reconoció la prestación de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990, ello fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, el que tal como lo sentó el criterio jurisprudencial en cita, no se previó para los incrementos pensionales por persona a cargo.

En las condiciones analizadas, no resta más que confirmar la determinación adoptada por la servidora judicial de primer grado. Sin condena 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:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de febrero de 2022. **COSTAS**. Sin lugar a su imposición en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-018-2020-00082-01. Proceso Ordinario de Héctor Julio Ramírez Sierra contra Colpensiones (Fallo de Segunda Instancia).

Lilly Yolanda Vega Blanco
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Luis Agustín Vega Carvajal
LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 020 2014 00536 01 Proceso Ordinario
Roberto Ricardo Atencio contra Colpensiones (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, para dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala Laboral de Descongestión No. 2 Corte Suprema de Justicia; 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 de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que se vinculó a la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 1975 y el 15 de noviembre de 1991; y que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de 1961; se condene a la demandada al



reconocimiento y pago indexado de la pensión proporcional de jubilación a partir del 27 de noviembre de 2012, actualizando el último salario mensual que equivalió a la suma de \$185.598,00 de acuerdo con el IPC certificado por el DANE desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha en que cumplió los 60 años de edad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que se liquidó a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo desde el 1° de agosto de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991.

Indicó que resolvió dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento, en audiencia especial de conciliación llevada a cabo ante la Inspección del Trabajo el 6 de noviembre de 1991.

Señaló que el último cargo que desempeñó fue el de Archivero - Mensajero Grado 1 en la oficina de San Antero – Córdoba; y que para el momento de la terminación del vínculo el último salario promedio mensual ascendió a la suma de \$185.598,00.

Una vez notificada la accionada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones¹, para lo cual indicó en esencia que para adquirir el derecho pensional reclamado se requiere que el trabajador hubiere cumplido el requisito de la edad antes del 1° de abril de 1994. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, “*POSIBLE DERECHO DE PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES. IMPOSIBILIDAD DE TENER DERECHO A DOS PENSIONES. EVENTUAL COMPARTIBILIDAD PENSIONAL*”, entre otras.

¹ Cfr fls 30 a 35.



Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la pensión restringida de jubilación a partir del 28 de noviembre de 2012 en cuantía inicial de \$1'218.357,14.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación, en el que cuestionó el derecho del demandante al reconocimiento del derecho pensional otorgado en tanto que el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 derogó el artículo 8° de la Ley 161 de 1961, y que para el 1° de abril de 1994 el demandante no había cumplido los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional.

Mediante providencia del 28 de julio de 2016 la Sala procedió exclusivamente a desatar el recurso de apelación interpuesto, confirmando la decisión de primer grado, decisión frente a la que se interpuso recurso extraordinario de casación por parte de la UGPP.

La Sala Segunda Laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto mediante el que se concedió el recurso extraordinario de casación, al considerar en esencia que se omitió el pronunciamiento frente al grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada.

En consecuencia, procede la Sala a adicionar la sentencia proferida el 28 de julio de 2016 a efectos de desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en el grado jurisdiccional de consulta.

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

En virtud del trámite del grado jurisdiccional de consulta, el estudio de la Sala se circunscribirá a analizar la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado en torno a la liquidación y el número de mesadas en que se reconoció la prestación reclamada.

Con tal propósito cumple memorar que, conforme se determinó en la sentencia que se adiciona en esta oportunidad, el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de restringida de jubilación en virtud de los servicios que prestó para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 1° de agosto de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991.

Ahora bien; en lo que respecta a la forma de liquidación del derecho pensional, el servidor judicial de primer grado consideró en esencia, de un lado que sería directamente proporcional al tiempo de servicios, respecto de la pensión que le hubiere correspondiendo respecto de una pensión plena; y de otro, que la base salarial corresponde al promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, el que, de acuerdo con la documental corresponde a la suma de \$185.598,00; suma esta última que ordenó actualizar de acuerdo con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha en que cumplió los 60 años de edad.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, corresponde tener en cuenta que la disposición legal que regula este punto, es el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que indica: *“la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo*



260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”.

Sobre ello, la máxima Corporación de Justicia Laboral, en la sentencia No. 60193 del 21 de mayo del 2014, indicó que no se podía acudir a la Ley 33 de 1985 ni a la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la primera, para hallar el IBL de la pensión restringida, dado que dichas normas se ocupan de otro tipo de prestación; y que de acudirse a dichas reglas se desconocería el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en el artículo 21 del C.S.T, que impone que la aplicación de una regla de derecho se haga de manera íntegra.

Sin embargo; la misma Corporación, en sentencias con radicados 62723 del 23 de septiembre de 2015, 61023 del 27 de enero de 2016 y SL123-2020, ha dispuesto claramente la liquidación de la pensión que regula el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 con los factores que define el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en la medida que esa es la base que determina la Ley para las pensiones de los trabajadores oficiales, mientras que la alusión al artículo 260 del CST, es propio de los servidores particulares, que no es el caso de la aquí demandante; de suerte que para dicha liquidación se debe acudir entonces al promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, con lo cual se descarta otros factores.

Al trasladar las anteriores premisas al caso objeto de estudio advierte la Sala que erró el servidor judicial de primer grado al tener en cuenta como salario promedio la suma de \$185.598,00 pues en la misma se incluyen factores adicionales a los contemplados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985; de manera que se tendrá en cuenta como salario promedio la suma de \$114.396,00, suma que corresponde a la asignación básica y la prima de antigüedad, pues no se advierte que devengara los demás factores indicados en la referida disposición.



De acuerdo con lo anterior, la Sala deberá proceder a liquidar la prestación, acudiendo a la fórmula de la indexación que empezó a aplicar la alta Corporación del trabajo, en sentencia del 13 de diciembre de 2007 dentro del radicado No. 31222, en donde el valor histórico corresponde al salario promedio del último año de servicio, en este caso, la cifra de \$114.396,00 ya mencionada. Ahora; el IPC final corresponde a la de la anualidad anterior a la fecha en que la demandante cumplió la edad para el disfrute del derecho pensional, en este caso, 2011, que según las tablas certificadas por el DANE -datos estadísticos que son hechos notorios- es el valor de 75,57, el IPC inicial corresponde al de la anualidad anterior a la fecha de retiro del trabajador, para este evento, diciembre de 1990, que corresponde al guarismo de 7,32, en tanto la demandante se retiró el 15 de noviembre de 1991, esto teniendo en cuenta para el efecto la tabla base del año 2018.

En lo que respecta a la tasa de remplazo se advierte que al realizar las operaciones aritméticas de rigor, el demandante tiene derecho a que la prestación le sea reconocida en proporción del 61,09% y no del 65,94% como se tuvo en cuenta en primera instancia; por lo tanto, se tiene que el valor actualizado de la base salarial sobre la que se reconoce el derecho pensional es de \$1'180.998,04 que al aplicarle la tasa de reemplazo antes referida, arroja el equivalente a la **primera mesada pensional actualizada, la suma de \$721.471,70**; razón por la que se modificara la decisión de primer grado, en lo referente al monto de la primera mesada pensional.

Es del caso precisar que, en tanto que como se analizó el derecho pensional se causó en el año 1991 cuando la demandante se retiró del servicio, esto es, antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, resulta procedente su reconocimiento en 14 mesadas al año, tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado.



No merece a la Sala ningún reproche la determinación que se adoptó en relación con la procedencia de la indexación de las sumas adeudadas, dado que de acuerdo con la fecha en que se hizo exigible el derecho pensional es evidente la pérdida del poder adquisitivo de las sumas adeudadas.

En lo que respecta a la prosperidad de la excepción de prescripción, es del caso tener en cuenta que atendiendo lo normado en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., en el entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno; no obstante, con el simple reclamo escrito se interrumpirá la prescripción por un lapso igual; reclamación que de un análisis conjunto de lo normado en el precepto en cita con el artículo 6° de la misma obra no solo se suspende el término prescriptivo sino que además lo interrumpe.

Por lo tanto, dado que el derecho pensional del demandante se hizo exigible el 28 de noviembre de 2012, y éste no solo presentó la correspondiente reclamación el 4 de abril de 2014, sino que radicó la demanda en esta misma anualidad, no hay lugar a declarar probado el medio exceptivo propuesto.

Hasta aquí el análisis de la Sala. No hay lugar a imposición de condena en costas en esta instancia en tanto la decisión de primera instancia se conoció 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

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida el 28 de julio de 2016, a efectos de **MODIFICAR** los ordinales tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la prestación otorgada en cuantía inicial de \$721.471,70.

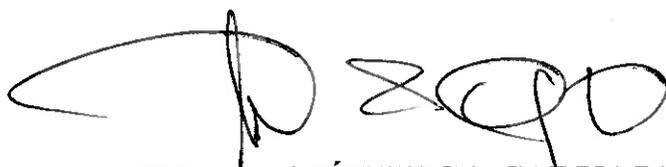
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-020-2020-00342-01. Proceso Ordinario de Omar Vargas Díaz 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 los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de abril 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 el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado a la entonces AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., así como el traslado horizontal efectuado a Colmena hoy Protección S.A., se ordene trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de



aseguradora, rendimientos financieros y gastos de administración, y a dicha entidad, a activar la afiliación sin solución de continuidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 17 de julio de 1964, afiliándose al ISS por el período comprendido entre el mes de octubre de 1981 y el mes de julio de 1995, cotizando hasta el 30 de junio de 1994 un total de 664.57 semanas; que para el mes de junio de 1994 le fue presentado en el RAIS, momento en el cual se le indicaron unos beneficios superiores a los del RPM, sin mencionarle el capital que debía acumular, ni los requisitos para poder pensionarse, que realizarían inversiones con sus aportes, sin indicarle los riesgos o una proyección pensional, por lo que realizó el traslado en el mes de mayo de 1995; que elevó solicitud de ineficacia y retorno al RPM ante Protección el 13 de julio de 2020, la que fue negada por la entidad el 16 del mismo mes y año; que de igual forma elevó petición de ineficacia ante Porvenir S.A. el 13 de julio de 2020 y fue negada el 8 de septiembre de la misma anualidad; presentó solicitud ante Colpensiones el 14 de julio, la que de igual forma fue negada mediante oficio del 2 de septiembre; que Protección S.A. realizó proyección pensional a la edad de 62 años, estableciendo como mesada pensional la suma de \$1.517.1515, sin embargo, en Colpensiones a la misma edad la prestación ascendería al monto de \$2.280.182.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y ordenó a Protección S.A. a trasladar los aportes pensionales, rendimientos, frutos e intereses, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros, activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación



Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron 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.

Inconforme con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación, el que fue concedido en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de la parte demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la condena en costas impuestas y la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, teniendo en cuenta que debe indicarse que si bien existe el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la misma ha indicado que no todos los procesos se pueden resolver en términos semejantes al deber de información, para lo cual se debe tener en cuenta la situación fáctica planteada, situación que no se vislumbra en el caso bajo estudio, ya que el demandante realizó su traslado de forma voluntaria, libre y sin presiones, todo con la normatividad vigente en el año 1994 y el deber de información de la época, que no es el mismo al reclamado en la demanda, ni en el fallo proferido, aunado, que las ventajas, desventajas y características de cada régimen se encuentran plasmadas en la Ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo verificar la información brindada, ello al ser consumidor financiero y con mayor razón si los datos relevantes están determinados en una norma de común conocimiento, así como, que la actuación de la ASP ha sido de buena fe, pues se cumplió con los requisitos al momento del traslado, por lo que no hay razones de hecho, ni de derecho para declarar la ineficacia,



voluntad que fue ratificada cuando el demandante tuvo la oportunidad de retornar al RPM, por lo que aceptó tácitamente su afiliación en el RAIS. Frente a las agencias en derecho al desestimarse la ineficacia del traslado debe desestimarse la condena en costas.

Por su parte Colpensiones, solicitó se revoque el fallo proferido y en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda, en el entendido que el demandante no puede trasladarse en cualquier tiempo, al no ser beneficiario del régimen de transición, por lo que las personas que no cuentan con el mismo, solo se pueden trasladar si les falta más de 10 años para adquirir el derecho pensional, prohibición en la que se encuentra el actor, aunado, que cualquier clase de ineficacia se saneó con los 25 años que permaneció el demandante en el RAIS, además, que el traslado se dio con el cumplimiento de los requisitos del mismo, al afirmar el actor que suscribió el formulario de afiliación y tenía plenas facultades para ello, cumpliendo así la AFP con los presupuestos de la norma, más aún, cuando no se podía negar a la afiliación del señor Omar y el único descontento es que no está de acuerdo con el monto de la mesada pensiona, que no afecta los derechos fundamentales a la seguridad social y pensión, aunado, que con la actualidad las personas que no están de acuerdo con el monto de la pensión y la decisión del traslado, nos personas que no ayudaron al sistema de pensiones de Colpensiones, lo que afecta la sostenibilidad financiera, poniendo el interés particular, sobre el interés general. De igual forma, Colpensiones fue un tercero de buena fe ajeno al traslado, que no intervino en el acto jurídico y por ello, la entidad es un afectado por haberse realizado el traslado por falta de información, se le sustrajo un afiliado y fue condenado en costas, haciéndose más gravoso el perjuicio. Frente al punto de no devolver los gastos de administración, de mantenerse la decisión de primer grado, se tenga en cuenta lo dicho por el tribunal y la Corte Suprema de Justicia, además, que se premia a la AFP al



dejarle algún rubro, aunado que el negocio jurídico fue inexistente y por ello, no podía manejar los dineros del afiliado

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir 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 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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración 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 los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del actor con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por lo que se adicionará la decisión frente a tal concepto.

En punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aduce Colpensiones, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los 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).

En lo que tiene que ver con la obligación del consumidor financiero en ilustrarse respecto del RAIS, si bien tal postulado es cierto, también lo es, que quien tienen el conocimiento y experticia del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad era la administradora de pensiones privada, siendo dichas sociedades quienes tienen que el deber de dar la debida información a sus afiliados, pues a estos, solo les interesa la cobertura de su derecho pensional.

En lo que tiene que ver con la condena en costas, la misma se confirmará respecto de la demandada Porvenir S.A., al advertirse que dicha administradora no cumplió con su deber de información al afiliado, no obstante, se revocará parcialmente la condena, respecto de las costas impuestas contra Colpensiones, pues tal como lo refiere el apoderado de la demandada, en el acto jurídico de traslado no intervino la entidad pública, así como, que es quien más se perjudica con la decisión de declarar la ineficacia del traslado.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

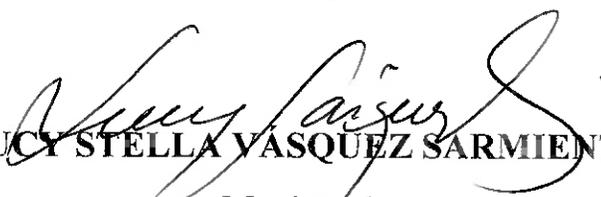
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en primera instancia a cargo únicamente de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y las de esta instancia a cargo únicamente de la Sociedad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

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida, en el



sentido que se ordena la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, descontados en vigencia de la afiliación del señor Omar Vargas Díaz, durante el término de permanencia del mismo en la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada Colpensiones de la condena en costas impuestas, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **QUINTO: COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y las de esta instancia a cargo únicamente de la 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

 Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-020-2020-00342-01. Proceso Ordinario de Omar Vargas Díaz contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo not. preciel*




República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 021 2021 00384 01. Proceso Ordinario Luz Stella Camacho Torres contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación con la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por cuanto no existió una decisión informada, y que como consecuencia de ello Colpensiones debe activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida; se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los aportes junto con sus rendimientos financieros, junto



con el detalle de traslado de aportes, y se condene a Colpensiones a activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 15 de marzo de 1962 y comenzó su vida laboral el 16 de diciembre de 1991 cotizando a la Caja Nacional de Previsión Social–Cajanal hasta el 31 de julio de 1995 y a partir del 1° de agosto de la misma anualidad, con Colpensiones.

Refirió que el 1° de junio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; sin que se le hubiere brindado información adecuada y completa acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad; ni acerca de las características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al régimen de prima media.

Finalmente indicó que por presentar multifiliación, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 3995 de 1998, fue asignada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. indicó que el traslado de la demandante es válido en la medida que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria.

Por su parte Colpensiones sostuvo que no obra prueba de que efectivamente a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP y dentro de la documental aportada tampoco obra nota de protesta o anotación que hubo alguna inconformidad por parte de la demandante y que por el contrario de la aportada se observa que el traslado fue libre y voluntario. Propuso en su defensa



las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1° de junio de 1996 por intermedio de Porvenir S.A.; sociedad a la que condenó a trasladar a Colpensiones los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante como aportes pensiones, cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, incluyendo los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexado.

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

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Porvenir S.A. a efectos de que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones.

Aduce al efecto que, si bien existe una línea jurisprudencial en relación con la ineficacia del traslado por la falta al deber de información, la Corte ha aclarado que su aplicación es diferenciada dependiendo de los supuestos fácticos de cada caso y que en el presente asunto la demandante se afilió de manera válida, libre, voluntaria e informada.



Señala que se deben tener en cuenta las cargas impuestas por la ley a los fondos para el momento del traslado, que en el asunto lo fue en el año 1996; de manera que los términos tan rigurosos por los que se reprocha a su representada, fueron impuestos con posterioridad; motivo por el que las condenas impuestas en su contra desconocen los principios de irretroactividad de la ley y seguridad jurídica.

Sostiene que el traslado de la demandante se produjo de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de apremio por cuanto recibió suficiente información; suscribió un formulario en términos de ley y no realizó ninguna clase de objeción durante más de 16 años que estuvo afiliada.

De otra parte, indicó que no es coherente declarar la ineficacia de régimen en ciertos sentidos y en otros no, puesto que la consecuencia jurídica de dicha figura es que el negocio jurídico no se celebró jamás, luego los frutos generados por la gestión de su representada tampoco habrían de generarse; generándose un enriquecimiento sin causa en perjuicio de su representada.

Señala que los gastos de administración y pago de seguros previsionales son sumas que tienen una destinación específica, y que ya no se encuentran en su poder, , al haberse dirigido a cubrir la correcta administración de los aportes de la demandante y ser entregadas a las aseguradoras contratadas para cubrir a la demandante de los riesgos de invalidez y muerte.

Por su parte la apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primer grado en su totalidad, para lo cual aduce en síntesis que no se dan los presupuestos para la declaratoria de ineficacia, pues de acuerdo con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, su trasladó de régimen se produjo de manera libre y voluntaria; y que además no se acercó en una



oportunidad prudente a las oficinas de Colpensiones, pues lo hizo cuando ya se encontraba inmersa dentro de la prohibición.

Agrega que al no ser beneficiaria del régimen de transición no puede ser acogida dentro de los parámetros establecidos en la sentencia SU-062 de 2010; de manera que la demandante se encuentra incurso en la prohibición establecida en el literal e el artículo 13 de la Ley 100 de 1993

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 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 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



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 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, contrario a lo que refieren las recurrentes, 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 de acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones conforme 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 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 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, 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 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 continúa afiliada a la AFP Porvenir 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 confirmará la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial 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 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, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el análisis de la Sala, costas en esta instancia 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,



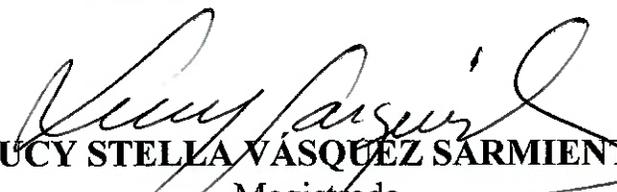
RESUELVE

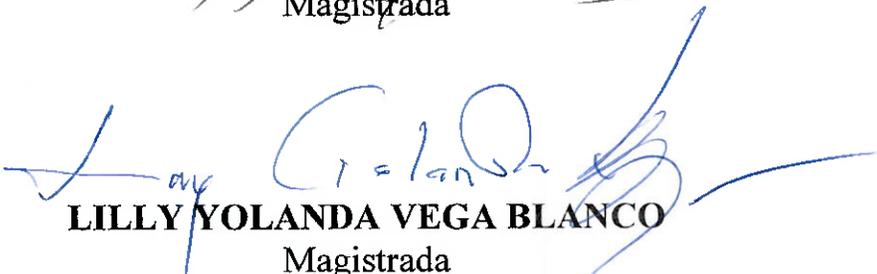
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000,00

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., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-023-2021-00440-01. Proceso Ordinario de Sandra Aristizabal Vera 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 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de mayo 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 la afiliación a la AFP Skandia efectuada en el mes de octubre de 1997, así como el traslado horizontal efectuado a Protección S.A. el 1º de diciembre de 2001, y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió



con motivo de su afiliación, tales como aportes, bonos pensionales, sumas adicionales por aseguradora, frutos e intereses y rendimientos financieros, activándola en el RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que estuvo afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales por el período comprendido entre el 29 de septiembre de 1988 y el 30 de junio de 1996, donde cotizó un total de 321.57 semanas; que cuando iba a ingresar a laborar a la sociedad Producciones, Voces e Imagen Ltda., se le sugirió afiliarse a un fondo privado, por cuanto era más favorable, por lo que varios trabajadores recibieron información por parte de la AFP Old Mutual, hoy Skandia S.A., quien le informó que el ISS se acabaría y se perdería lo cotizado hasta tal momento, que tendría mayores rendimientos, pensionándose en cualquier momento, pero no se le indicó la posibilidad de retracto, manteniéndose tal error, por parte de Protección S.A.; que la actora ha cotizado un total de 1419 semanas al mes de diciembre de 2020; que se elevó derechos de petición solicitando la nulidad del traslado ante Skandia S.A., Protección S.A. y Colpensiones los días 23 y 24 de marzo de 2021, siendo negada la solicitud por parte de Protección S.A. mediante oficio de fecha 12 de abril de 2021, no obstante, Colpensiones y Skandia no han emitido respuesta a la solicitud elevada.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y ordenó a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración por parte de las administradoras de pensiones debidamente indexados, disponiendo que



Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, manteniendo las mismas condiciones en las que se encontraba al momento del traslado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

El apoderado de Skandia S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida y en su lugar se absuelva de las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que se debe hablar de la seguridad jurídica que es pilar fundamental de cualquier estado social de derecho, ya que no es entendible como se sustenta una sentencia con jurisprudencia que data del 2008 en adelante, cuando los hechos son de 10 años atrás, con exactitud del año 1997 y si bien la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 y especialmente desde el 2014 establece el alcance al deber de información y la forma como se debe entregar, ello no estaba regulado en la norma, Ley, resoluciones o decretos y la autoridad competente que era la Superintendencia Bancaria había instruido a las AFP de la forma como debía realizarse el traslado, tal y como se determina del concepto emitido por dicha entidad y aportado por la demandada, siendo complicado para la persona jurídica que una autoridad pública le indique una situación y después otra autoridad le indique otra, ya que el Estado es uno solo y no se puede contradecir, más aún,



cuando los supuestos normativos que se imponen con la sentencia son fruto de un desarrollo jurisprudencial posterior al traslado, siendo imposible para la AFP acreditar tales situaciones. Aunado a lo anterior, al momento de resolverse la apelación, explique la ausencia de asesoría en el RPM, pues no es entendible como se declara una ineficacia por adolecer de información, pero se ordena el traslado a un régimen del cual tampoco se tiene información, ni asesoría y si el mismo es residual, ello para que las AFP sepan cómo defenderse en estos casos, pues al ordenarse el traslado cuando ella dice que no lo conoce, no sabe cuáles son los requisitos, pero la consecuencia es que se remite para allá, bajo el único sustento es el monto de la mesada pensional, más no, frente a la falta de información, fundamento que no es de hecho, ni de derecho para declarar la ineficacia. En caso de confirmarse la decisión, peticionó se revoque la devolución de los gastos de administración y demás rubros, pues como bien lo dijo el Juez excluye lo ya trasladado, pues tanto en el RPM, como en el RAIS existen los gastos de administración y en ello, una parte se destina para contratar aseguradoras para las contingencias de vejez, invalidez y muerte de los afiliados, por lo que la AFP procedió con la obligación, gestionó y administró los aportes de la demandante, a tal punto que en la historia laboral se puede evidenciar que se generaron interés y frutos trasladados a Protección, por lo que al ordenarse los gastos de administración se desconoce que en dicho régimen también existen tales gastos y se desconoce la gestión realizada por Skandia, respecto de la cual en ningún momento hubo inconformidad por la demandante.

Por su parte, Protección S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, en lo referente a la devolución de los gastos de administración y demás conceptos durante la afiliación de la demandante, ya que la decisión pese a que se aplique un alcance jurisprudencial, no se compadece con la interpretación de la norma, en cuanto al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y el A.L. 01 de 2005, que son



normas que protegen el sistema financiero en el sistema general de pensiones, pues al ordenarse dicho pago de los recursos propios de la AFP que son descontados en los dos regímenes, se desconoce la administración del fondo de pensiones, sancionándose a la misma, pues con negaciones indefinidas, que incluso se controvierten al interior del proceso, pero se carga económicamente a los fondo privados que no están demostrados en el proceso, sin que se realice un cálculo de los rendimientos de la demandante en el RPM, sino que se presume que con la ineficacia se generen las consecuencias, no obstante, al retrotraerse las cosas al estado inicial los efectos jurídicos, debería existir el cálculo de los rendimientos en Colpensiones de haber permanecido sin solución de continuidad y se permitiría a la administradora mantener lo excedido de la rentabilidad generada, pues es más fácil, presumir o bajo la prueba inductiva que genera un rendimiento superior frente a la forma de administrar las sumas, sino que solo se beneficia al fondo público con las normas y la coexistencia del RAIS, por la declaratoria de ineficacia, por lo que cualquier concepto con su patrimonio propio no estuvo probado, ni hubo contradicción conforme al artículo 206 del C.G.P., así como, que si bien conforme con el artículo 230 de la Constitución Política la jurisprudencia sirve para apoyar la decisión, no debe ser el único argumento adoptado en la decisión, pues se debe tener en cuenta el Bloque de Constitucionalidad.

Finalmente, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a la entidad de las pretensiones del libelo incoatorio, ya que debe tenerse en cuenta que no se advierten los vicios del consentimiento o dolo, pues la actora contaba al momento del traslado menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para tener derecho a la pensión de vejez, así como que se encuentra dentro de la prohibición de traslado contenido en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, por lo que no es aplicable a SU 130 de 2010 y SU 062 de 2010, aunado,



con que la simple manifestación de que el monto de la mesada pensional del RP,M, es superior a la del RAIS, no sustenta la falta o indebida información por parte de los fondos, teniendo en cuenta que la actora manifiesta en el interrogatorio de parte su mayor inconformidad es el monto de la mesada, por lo que no se logra probar la indebida información para el año 1997, pues para ese momento solo se pedía indicar los supuestos del régimen, por lo que no hay lugar a la ineficacia, pero sí un desinterés de parte de la afiliada, pues continúa cotizando de forma voluntaria por más de 20 años.

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.

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



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

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).



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 las demandadas Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues 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 Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir 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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración 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 los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la actora a Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A., pues se reitera, quien debe asumir los perjuicios es la administradora de pensiones que no brindó la debida información, debiéndose confirmar la decisión de primer grado en tal sentido.

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 y no la administradora privada. Así mismo, debe mencionarse que en efecto la Ley 100 de 1003 y



la Ley 797 de 2003, establecieron la prohibición de traslado cuando el afiliado se encuentre a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, no obstante, como lo declarado es la ineficacia, ello implica que el traslado nunca se generó y por tanto la señora Aristizabal Vera nunca estuvo cobijada por dicha normatividad.

En lo que tiene que ver con el cálculo de los rendimientos y diferencias que se pudieron generar entre el RPM y el RAIS, para que de esta otorgue la diferencia entre los mismos a favor de la administradora privada, en necesario advertir, que tanto los rendimientos financieros, como los gastos de administración 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, situación que no impone una falta de contradicción respecto de dichos conceptos o ir en contravía del artículo 230 de la Constitución Política, pues contrario a ello, los gastos de administración son una deducción que se efectúa del aporte mensual del afiliado y la decisión se fundó en la jurisprudencia emitida por el Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, criterio auxiliar de la actividad judicial, que no puede ser desconocido.

En lo que tiene que ver con el argumento referente a que el RPM es un régimen de carácter residual y por tanto, se debería informar el método de defensa que debían acoger las administradoras privadas, es necesario resaltar, que no se trata de un régimen residual, sino que a partir de la expedición del Sistema General de Pensiones se estableció la posibilidad y obligación de pertenecer ya fuera al Régimen de Prima Media con Prestación Definida o al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,



por lo que al pretenderse la ineficacia de la afiliación respecto de uno de ellos, de encontrarse probados los fundamentos de la demanda, de forma automática debe ser afiliado al otro, pues no se puede dejar a la persona en el limbo de no pertenecer a ningún régimen pensional y en incertidumbre de su futuro derecho pensional.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo únicamente de la demandada Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. y las de esta instancia a cargo únicamente de las encartadas Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A y la Administradora de Fondos 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,

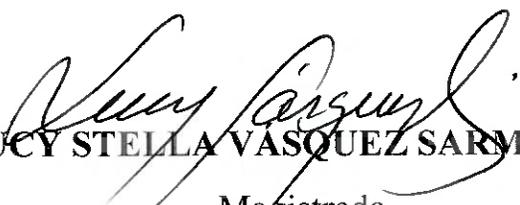
RESUELVE:

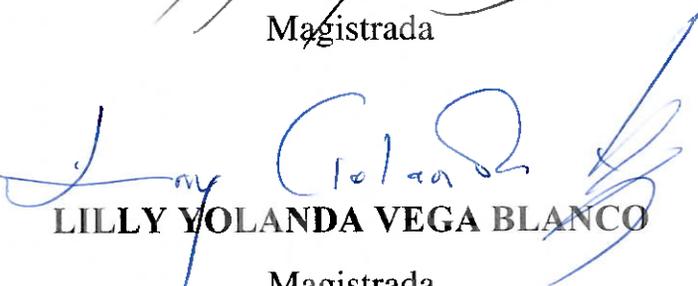
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A y la



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-023-2021-00440-01. Proceso Ordinario de Sandra Aristizabal Vera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia estarán a cargo únicamente de la demandada Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A. y las de esta instancia a cargo únicamente de las encartadas Skandia Administradora de Pensiones y Cesantías S.A y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección 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., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 023 2021 00500 01. Proceso Ordinario Víctor Hernando Amaya González contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad y/o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual que se materializó a través de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; se condene a esta última a trasladar los aportes realizados más los rendimientos y saldo total en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, así como a asumir cualquier diferencia actuarial que deba asumir Colpensiones por el pago del derecho pensional a que tenga derecho a futuro, así mismo solicita se condene a



Colpensiones a aceptar su traslado y recibir los aportes pensionales junto con los rendimientos generados.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que a mediados del año 1996 un promotor de la AFP Protección S.A. lo contactó para mencionarle las supuestas bondades del régimen de ahorro individual, tales como la rentabilidad que le garantizaría una mayor mesada pensional que en el Instituto de Seguro Social debido al monto de su ingreso base de cotización, que para ese momento era equivalente a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes; que se podría pensionar a cualquier edad, entre otras.

Señaló que el promotor de la AFP Protección S.A. no le entregó la proyección de los estudios pensionales o matemáticos que soportaba las cifras que mencionaba; que de buena fe creyó en las palabras del promotor comercial y se trasladó de régimen pensional.

Aseguró que durante los 24 años en que ha estado afiliado en el régimen de ahorro individual a través de Protección S.A. jamás recibió asesoría o seguimiento para programar una pensión de vejez digna.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. adujo que el acto de traslado se efectuó de forma libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otros.



Colpensiones por su parte indicó que el demandante se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre voluntaria en ejercicio de su derecho a la libre escogencia de régimen, y aun cuando desconoce las circunstancias en las que se llevó a cabo la asesoría, pero que si el demandante tomó la determinación de trasladarse fue debido a la información que recibió y que en todo caso no se aportó prueba de que se hubiera presentado algún vicio en el consentimiento al momento de la afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia de la nulidad o traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada Protección S.A., sociedad a la que condenó a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por administración o cualquier otro concepto; y declaró que para efectos pensionales el demandante se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con prestación definida.

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de la AFP Porvenir S.A. y de Colpensiones interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.



FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Protección S.A. recurrió la determinación relativa a la orden de trasladar los descuentos efectuados sobre cuotas de administración y seguros previsionales que se efectuaron durante la afiliación del accionante; para lo cual aduce en síntesis que los referidos descuentos operan en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Solicita igualmente se tenga en cuenta que en el régimen de prima media con prestación definida se hubieran realizado los mismos descuentos sobre sus aportes; y que además la rentabilidad generada en dicho régimen no sería tan alta como en el RAIS, que afirma fue, del 300% de acuerdo con el material probatorio aportado al proceso; señala que debe realizarse un cálculo en donde se evidencie cual hubiera sido la rentabilidad en el régimen de prima media, para que de esta forma su representada pueda retener la diferencia.

Por su parte la apoderada de Colpensiones solicita se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de todas las pretensiones; para lo cual aduce al efecto que dentro del presente asunto no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en la afiliación del accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en la medida que el éste no contaba con una expectativa legítima.

Afirma que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición que establece la Ley 797 de 2003 y que, al no ser beneficiario del régimen de transición, no le son aplicables las sentencias SU-130 de 2013 y SU 062 de 2010.



Sostiene que la inconformidad del demandante frente al monto de la pensión en el régimen de ahorro individual, no constituye prueba de que hubiere efectuado el traslado movido por un engaño o una equivocada información cuando realizó el traslado hubiere sido engañado y que lo que se advierte es un desintereses o descuido por parte del demandante, quien decidió continuar cotizando al régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 20 años.

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 ineficacia 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 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



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.

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

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.”.



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.

Aunado a lo anterior, 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 Protección 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 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, la Sala avala la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A.; a efectos de mantener intangible la



vinculación en el régimen administrado actualmente 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 determinación grupo de afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 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 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; motivo por el que se confirmará la determinación que acogió sobre el particular el *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 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, 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, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

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 en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, 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



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 024 2018 00645 01. Proceso Ordinario de Santiago Nieto Duarte contra Colpensiones (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor y luego de que el asunto fuera remitido del despacho del H. Magistrado Luis Agustín Vega Carvajal, al no aprobarse la ponencia por él presentada, la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la afiliada Elsa Luz Mireya Cortes de Nieto dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivencia y que le asiste derecho a su reconocimiento junto con los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas adeudadas; se condene a la demandada al pago indexado de la misma a partir del 11 de noviembre de 1975 con sus reajustes y los intereses de mora.



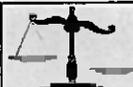
Como fundamento de sus pretensiones señaló en síntesis que el 10 de noviembre de 1973 contrajo matrimonio por el rito católico con la señora Elsa Luz Mireya Cortés, sin que procrearan hijos fuera o dentro del matrimonio.

Afirmó que la señora Elsa Luz Mireya Cortés se afilió ante el Instituto de Seguros Sociales el 1º de enero de 1967, en donde acumuló un total de 314 semanas de cotización de las cuales 176,86 semanas se efectuaron dentro de los seis años anteriores al fallecimiento y 127,43 dentro de los tres años anteriores.

Refirió que el 30 de diciembre de 2015 solicitó a la accionada el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia; sin embargo este derecho le fue negado por la demandada mediante Resoluciones GNR114885 del 22 de abril de 2016, GNR202044 del 8 de julio de 2016 y VPB34533 del 2 de septiembre de la misma anualidad.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la demandada en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que no se determinó la convivencia efectiva entre el demandante y la causante. Propuso en su defensa la excepción de prescripción.

El Despacho Judicial de Primer grado profirió sentencia el 18 de febrero de 2020 en la que dispuso el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia deprecada a partir del 11 de noviembre de 1975, en cuantía equivalente al salario mínimo legal vigente; sin embargo, declaró probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 30 de diciembre de 2012 y negó el reconocimiento de intereses de mora.



Para arribar a la anterior determinación considero en esencia que la afiliada dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 20 del Acuerdo 224 de 1966 y que el demandante acreditó la condición de beneficiario de dicha prestación en condición de cónyuge.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa a los intereses de la demandada, quien no recurrió la decisión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento de la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si con ocasión al fallecimiento de la señora Elsa Luz Mireya Cortes, el accionante tiene derecho al reconocimiento de la prestación de sobrevivencia en calidad de cónyuge.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que la señora Elsa Luz Mireya Cortes falleció el 11 de noviembre de 1975, así como tampoco lo es que para el momento de su fallecimiento se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales y contaba con un total de 314 semanas de cotización.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que respecta al reconocimiento



de la prestación de sobrevivencia, corresponde tener en cuenta que de acuerdo con la fecha de fallecimiento de la señora Elsa Luz, la norma al tenor de la cual en principio corresponde en principio definir la procedencia del reconocimiento de la prestación de sobrevivencia es el Acuerdo 224 de 1966; conjunto normativo que en relación con el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia en el caso de los afiliados exigía para la causación del derecho un total de 150 semanas de cotización dentro de los seis últimos años, o 75 semanas dentro de los tres últimos años.

En tal sentido, no merece ningún reparo la determinación relativa a la causación del derecho con la muerte de la afiliada Elsa Luz Mireya Cortés, pues dentro de los seis años anteriores a su fallecimiento, esto es, entre el 11 de noviembre de 1969 y el 11 de noviembre de 1975, acumulaba un total de 176,76 semanas, y como se advirtió el referido precepto exigía 150 semanas en dicho periodo.

Ahora; en relación con la calidad de beneficiario del demandante, corresponde a la Sala tener en cuenta que el artículo 21 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, prevé al cónyuge entre los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, sin ningún otro requisito adicional; en tanto expresamente previó:

“La pensión a favor del cónyuge sobreviviente será igual a un cincuenta por ciento (50%) y la de cada huérfano con derecho igual a un veinte por ciento (20%) de la pensión de invalidez o de vejez, que tenía asignada el causante, o de lo que le habría correspondido a la fecha del fallecimiento excluidos los aumentos dispuestos en el artículo 16 del presente reglamento. Cuando se trate de huérfanos de padre y madre, la cuantía de la pensión se elevará hasta el treinta por ciento (30%) para cada uno.” Resalta la Sala

En tal sentido, dado que de acuerdo con la documental visible a folio 231 se acredita que el demandante contrajo matrimonio con la causante el 10 de



noviembre de 1973; ningún reparo merece la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado.

Aunado a lo anterior, advierte la Sala en todo caso, que de acuerdo con la declaración vertida dentro del proceso por Rosalbina Vargas, quien ostentó la condición de Secretaria en la oficina que tenía la causante con el demandante, entre los años 1970 y 1974, dimana con meridiana claridad que la pareja convivió desde el año 1970 hasta el momento de la muerte de la causante.

Ahora, en tanto la prestación fue reconocida en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, tampoco merece a la Sala ningún reparo la decisión de primera instancia sobre el particular; así como tampoco frente al número de semanas en que se reconoció el derecho, en tanto que se causó antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

En lo que respecta a la prosperidad de la excepción de prescripción la Sala advierte que a pesar de que el derecho se causó el 11 de noviembre de 1975, el demandante tan solo elevó la correspondiente reclamación ante la demandada el 30 de diciembre de 2015, la cual fue resuelta mediante Resolución GNR 114885 del 22 de abril de 2016, la cual le fue notificada al demandante el 27 de abril de 2016, y aun cuando frente a tal determinación se interpuso los recursos de reposición, la demanda fue radicada dentro de los tres años siguientes a la fecha antes referida de manera que se confirmará la decisión que sobre el particular acogió la Juez de primer grado.

Las razones expuestas a juicio de la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado. Sin costas en esta instancia dado que el estudio del presente asunto se asumió en virtud del grado jurisdicción 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:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- 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

Alejo Veto



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-027-2020-00012-01. Proceso Ordinario de Esperanza Uribe Triana 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 el apoderado de la parte demandante y de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de mayo 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.

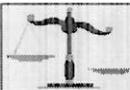
ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como los traslados horizontales efectuados a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la



Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibieron con motivo de su afiliación referente a los aportes, rendimientos y bonos pensionales, activándola en el sistema del RPM de Colpensiones y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se afilió al ISS el 4 de mayo de 1992, no obstante, Colfondos S.A. se dirigió a la empresa donde laboraba la actora, momento en el cual no conocía la situación pensional de la misma, ni le advirtió que el derecho pensional no podría ser superior al 25% del IBC, advirtiéndole, que para el año 1996 devengaba la suma de \$755.000, pese a que el salario mínimo para dicha anualidad era por el monto de \$142.125; que las AFP exigen para el reconocimiento de una pensión por el salario mínimo para el año 2019, la suma de \$260.000.000, acumulando la actora para dicha anualidad el monto de \$259.094.003; que los argumentos expuestos al momento del traslado, fue que con la situación económica del ISS, no se podría garantizar el reconocimiento del derecho pensional, en el entendido que la entidad no contaba con los recursos para garantizar las prestaciones de los futuros pensionados, sin embargo, no le explicó a la actora que su pensión dependería de la variabilidad del mercado, la forma como se financia la prestación, lo concerniente con el bono pensional y que su negociación de forma anticipada tendría una afectación financiera; que la actora se trasladó a Colfondos S.A. en el mes de marzo de 1996; que la demandante se trasladó a la AFP Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el mes de febrero de 2007, bajo el sustento que tendría mejores rendimientos que en Colfondos S.A., no obstante, la administradora de pensiones no ilustró a la demandante, respecto de que se podía trasladar al RPM administrado por Colpensiones, devengando para tal momento la suma de \$2.600.000, anualidad en la que el salario mínimo ascendía a la suma de \$433.700; en el



mes de octubre de 2010 se trasladó a ING hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., momento en el cual devengaba como salario el monto de \$3.050.000, momento en el que el salario mínimo era por la suma de \$515.000, no obstante, la administradora no tenía conocimiento de la situación laboral de la actora, limitando la asesoría a que le convenía su traslado por la rentabilidad de la AFP; que elevó derechos de petición solicitando el traslado y la entrega de los documentos que soportan la asesoría brindada ante Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A., las que fueron negadas por las encartadas.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como los traslado horizontales y ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración, ni respecto de los aportes al fondo de pensión de mínima, y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros afiliando nuevamente a la actora. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, el apoderado de la demandante y las apoderadas de las demandada Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.



El apoderado de la parte demandante solicitó se revoque de forma parcial la sentencia proferida, en el sentido que se imponga condena en costas en contra de Colfondos S.A., que fue la primera entidad que promovió el traslado y en conrea de Colpensiones, ya que pese a que solicitaron su absolución, debemos tener en cuenta que la misma es improcedente, ya que pese a no constarles ninguno de los elementos fácticos y probatorios del litigio, las convocadas propusieron excepciones de mérito, oponiéndose a la ineficacia del traslado, afirmando que se brindó la debida asesoría a la demandante, aunado, con que se efectuó interrogatorio de parte buscando la confesión, a tal punto, que de haberse efectuado la misma se hubiera impuesto la absolución, así como, que en los alegatos de conclusión Colpensiones citó la declaración o interrogatorio de parte de la demandante y muy seguramente interpondrán el recurso de apelación. Se deben diferenciar las situaciones de la ineficacia del traslado, respecto de la actuación u omisión de afiliación en el año 1996 y otra, la actuación procesal que sí se realizó dentro del curso del proceso, conforme con el artículo 361 del C.G.P., ya que la única vía que tenía Colpensiones y Colfondos no era proponer excepciones, sino, haberse allanado, lo que hubiere generado la absolución de las costas.

Por su parte, Colpensiones solicitó se revoque el fallo proferido y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que ene l caso bajo estudio no se dan los presupuestos para la declaratoria de ineficacia, pues la demandante tal como lo dijo en su interrogatorio de partes, ella se trasladó únicamente por cuanto se cambiaba de trabajo y le indicaban que trabajaban con un fondo, siendo su decisión libre y voluntaria, por lo que no puede tenerse por cierto de que hubo vicio en el consentimiento, que se le indujo en error, ni desconocerse los presupuestos de todo acto o contrato, bajo el simple fundamento, de que en la actualidad es más beneficiosa la prestación en uno u otro régimen, existiendo además desidia de la demandante, pues no se acercó a Colpensiones a pedir información de cual sería su futuro pensional, no se ocupó



para saber los requisitos para trasladarse a Colpensiones y obtener el derecho pensional en el RPM, siendo voluntad del demandante y en caso de existir una coacción, la misma es sobre los empleadores, por lo que no se puede imponer como condena recibir a una afiliada para en el futuro reconocer un derecho pensional de vejez. De igual forma, la demandante no puede trasladarse en cualquier tiempo de fondo, pues como lo indica los requisitos legales y jurisprudenciales, la señora Uribe Triana ya se encuentra en la prohibición de la Ley 797 de 2003 y al 1º de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados. Frente al recurso de apelación de la parte demandante, debe indicarse que el proceso no puede seguir su curso sin la comparecencia de Colpensiones y con inocencia del acto jurídico efectuado por la demandante y por su convocatoria forzosa, es que en ejercicio del derecho de defensa se solicitan los medios de prueba, por lo que no se comprende la condena en costas, cuando es obligatoria su presencia y por tanto solicito se confirme en dicho término la decisión de primer grado y en caso de que se confirme la decisión en su integridad, peticiona adicionar la misma, para que Colpensiones pueda acudir a la vía judicial para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios.

Finalmente, la apoderada de Protección interpuso recurso parcial de apelación respecto de la devolución de gastos de administración y primas respecto del tiempo que la afiliada ha estado afiliada, toda vez que son comisiones causadas por el manejo de la cuenta de ahorro individual, que están autorizados por la ley y por la buena gestión efectuado, aunado, con que al ordenarse la devolución de los gastos de administración, seguros y rendimientos se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, aportes que no son constitutivos del derecho pensional, por lo que se deben conservar los gastos de administración y finalmente, por cuanto al confirmarse la condena de asumir con su propio patrimonio los valores descontados por Ley, se estaría impartiendo una condena en perjuicios en contra de Protección, la que debería revisarse como una responsabilidad civil, sin que quedara acreditado en el



plenario tal situación, advirtiendo que la inversión en la carga de la prueba es respecto de la afiliación y no frente a los perjuicios que no fueron demostrados por la parte demandante. Frente a las sumas de aseguradora, tal concepto ya fue girado y era para cubrir las contingencias de invalidez o sobrevivencia, prima pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de la afiliación, estando imposibilitada la demandada en reclamar tales conceptos y girarlos a Colpensiones, pues la aseguradora es un tercero de buena fe. En lo que respecta a la condena en costas de Protección, el traslado inicial se realizó con otra AFP y no con Protección, por lo que no es procedente imponer condena en su contra.

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, posición

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



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

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).



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

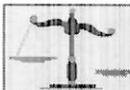
Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como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



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

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir 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 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 la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración 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 los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la actora a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pues se reitera, quienes debe asumir los perjuicios son las administradoras de pensiones que no brindaron la debida información, fundamentos por los cuales se adicionará la decisión de primer grado en tal sentido.

Como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP



que en el término de treinta (30) días hábiles den cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Ahora bien, frente a la solicitud que eleva Colpensiones para el cobro de los eventuales perjuicios, se hace necesario señalar que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con la facultar para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante.

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 y no la administradora privada, de lo que no se puede concluir que con ello se genere un enriquecimiento sin justa causa por parte de la administradora del RPM.

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 las administradoras privadas, 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.



Frente al interrogatorio de parte de la actora en el que refiere que se cambia de administradora de pensiones por cambio de empleador, si bien tal postulado es cierto, también lo es, que tal argumento no es suficiente para relevar a las administradoras de pensiones del RAIS de su obligación de otorgar la debida información a sus afiliados, pues son estas quienes tienen el conocimiento y experticia suficiente respecto del régimen pensional que administran. Así mismo, también se debe resaltar que también es cierto que la señora Uribe Triana se encontraría dentro de la prohibición contenida en la ley 797 de 2003 para efectuar su traslado, no obstante, al declararse la ineficacia de la afiliación y traslado, es como si el mismo nunca se hubiere generado y por tanto no ocurrió el traslado, ni se materializó la prohibición ya referida.

En lo que respecta al argumento que no es posible imponer condena a protección a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales de su propio patrimonio dado que es una condena en perjuicios y a que se giraron a una tercera personas, debe indicarse frente al primer argumento, que el mismo no es acertado, como quiera que pues no se genera el pago de unos perjuicios, sino que por el contrario, tal porcentaje descontado, corresponde al pago mensual que realizaba la afiliada y por tal razón no se generar un daño en cabeza de la AFP; frente al segundo concepto, es necesario precisar que si bien es cierto dichas sumas se giraron en favor de un tercero (aseguradora), también lo es, que quien debe acarrear las consecuencias de la falta de información no es otra que la administradora de pensiones que no ilustró en debida forma al afiliado, al momento de adoptar la decisión de su traslado.

Finalmente, se revocará parcialmente la condena en costas impuestas, en el entendido que tal como lo refirió el apoderado del extremo activo, fue Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías quien no brindó la debida información



al momento del traslado inicial, siendo la administradora de pensiones quien incumplió con su deber legal y por tanto es procedente la condena deprecada. Situación diferente ocurre respecto de la demandada Colpensiones, en el entendido que siendo cierto que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, solicitó pruebas y argumentó las excepciones de fondo, también lo es, que tal como dijo dicha demandada, ello se dio en garantía de su derecho fundamental de defensa y fue un tercero que no intervino en el acto jurídico del traslado y por tanto no puede acarrear perjuicios en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo únicamente de las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y las de esta instancia, únicamente a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

DECISIÓN:

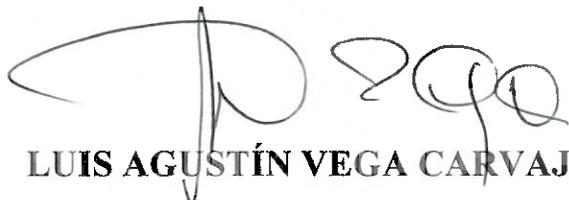
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el sentido que se ordena la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, descontados en vigencia de la afiliación de la señora Esperanza Uribe Triana, durante el término de permanencia de la misma en Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y en la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada Colfondos S.A. Pensiones y

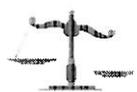


Cesantías a la condena en costas, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **QUINTO: COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente de las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y las de esta instancia, únicamente a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección 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 noviembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 032 2018 00580 01. Proceso Ordinario de Camilo Mahecha Clavijo contra Seguros de Vida Alfa S.A. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 22 de mayo de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada Seguros de Vida Alfa S.A. al reconocimiento y pago de la sustitución pensional causada con ocasión al fallecimiento de Jenny Teresa Jaramillo Cárdenas, en calidad de esposo, desde el 27 de octubre de 2016, junto con las mesadas adicionales, los incrementos anuales, los intereses correspondientes y los demás beneficios que otorga la ley.



Como fundamento de sus pretensiones señaló en síntesis que desde el año 2003 conformó un hogar compartiendo, techo, lecho y mesa con la señora Jenny Teresa Jaramillo Cárdenas, con quien contrajo matrimonio posteriormente el 9 de diciembre de 2014, con el que formalizaron su convivencia.

Indicó que el 28 de agosto de 2014 Seguros de Vida Alfa reconoció pensión de invalidez en forma retroactiva a partir del 24 de mayo de 2013 a la señora Jenny Teresa Jaramillo Cárdenas, quien falleció el 26 de octubre de 2016.

Mediante providencia del 19 de septiembre de 2018 el Despacho Judicial de primer grado, dispuso la vinculación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A..

Una vez notificadas la demandada y la vinculada dieron respuesta a la demandada en oposición a las pretensiones; la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹ señaló que si bien reconoció a la señora Jenny Teresa Jaramillo una pensión de invalidez y posteriormente contrató una renta vitalicia a cargo de la aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A., ella siempre indicó que su estado civil era soltera y que su grupo familiar se encontraba conformado por su madre a quien designó como beneficiaria. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, compensación y buena fe,

Por su parte Seguros de Vida Alfa S.A.² adujo que el demandante no cumple el tiempo mínimo de convivencia antes de la muerte de la pensionada, para ser reconocido como beneficiario; agregó al efecto que la causante dentro del trámite de pérdida de capacidad laboral y solicitud de la pensión de invalidez

¹ Cfr fl 72 y ss Archivo 11001310503220180058000_C001

² Cfr fls 89 y ss expediente digitalizado ibidem.



bajo la gravedad de juramento indicó que era soltera. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y compensación.

El servidor judicial de primer grado absolvió a las accionadas de todas y cada una de las pretensiones, determinación a la que arribó al considerar en esencia que de las pruebas aportadas y practicadas se estableció tan solo una relación de noviazgo entre el demandante y la causante, pero que no es posible establecer su convivencia como pareja.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa a los intereses del demandante, quien no recurrió la decisión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento de la decisión de primera instancia 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 previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si con ocasión al fallecimiento de la señora Jenny Teresa Jaramillo Cárdenas, el accionante tiene derecho al reconocimiento de la prestación de sobrevivencia en calidad de cónyuge.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que la señora Jenny Teresa Jaramillo Cárdenas falleció el 26 de octubre de 2016, así como tampoco lo es que para el momento de su fallecimiento se encontraba pensionada por invalidez desde el 24 de marzo de



2013, ni que contrajo matrimonio con el demandante el 9 de diciembre de 2014.

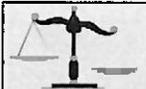
De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que respecta al reconocimiento de la prestación de sobrevivencia, corresponde tener en cuenta que de acuerdo con la fecha de fallecimiento del señor Cesar Luis Romo Vásquez, la norma al tenor de la cual en principio corresponde en principio definir la procedencia del reconocimiento de la prestación de sobrevivencia es la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003.

Así las cosas, dado que al encontrarse acreditada la condición de pensionada de la causante, al tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde verificar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la prestación de sobrevivencia corresponde únicamente verificar si convivió con la demandante por lo menos dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento.

Al respecto reitera la Sala que no es objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del plenario con el registro civil correspondiente, que la causante y el demandante contrajeron matrimonio civil el 9 de diciembre de 2014, sin que procrearan hijos.

Al absolver interrogatorio de parte el accionante indicó que conoció a la causante en el año 2003, que iniciaron un noviazgo en el año 2004 y en el 2005 comenzaron a convivir en la casa de los padres del demandante hasta el año 2012 y después en el Municipio de Mosquera, pero que debido a su enfermedad ella se fue a vivir sus últimos días con su mamá quien tenía el tiempo para atenderla

La deponente Amanda Medina Gamba, quien afirmó ser cuñada del



demandante, señaló que conoció a la causante en el año 2006, que ella estuvo con el demandante en el *baby shower* de su hijo mayor en el año 2007, señaló que para el año 2009 ella -la deponente- vivió en Bogotá en la casa de sus suegros en un tercer piso y que el demandante y la causante pernoctaban en el apartamento de enfrente, precisó frente a este último aspecto que como trabajaba algunas veces se cruzaba con la demandante en el pasillo; agregó que ella vivió en Bogotá en casa de sus suegros hasta el año 2014, pero que posteriormente visitaban al demandante y la causante en el apartamento que tenían en Mosquera, que iban aproximadamente cada 15 días o un mes, y que quien acompañó a la causante en su enfermedad fue el demandante, pero que ya los últimos días la causante se trasladó a casa de su mamá.

La deponente Blanca Lucila Gutiérrez Clavijo, quien afirmó ser prima del demandante, señaló que conoció a la causante aproximadamente desde el año 2006, que vio que ella compartía con sus tíos quienes eran los suegros de la demandante en la casa de estos últimos ubicada sobre la avenida 1° de mayo en Bogotá, a donde la causante iba por las tardes o las noches o a veces la invitaban los domingos; que después hubo un tiempo en que vivieron juntos y después se fueron para una casa que compraron en el Municipio de Mosquera, aproximadamente en el año 2013, cuando “*se unieron más juntos como pareja*”.

En forma oficiosa el servidor judicial de primer grado decretó las declaraciones de la señora Myriam Rufina Cárdenas y Gabriel Federico Jaramillo Cárdenas, quienes respectivamente ostentaban la condición de madre y hermano de la causante.

La deponente Myriam Rufina Cárdenas refirió que la causante se casó con el demandante en el año 2014, pero que realmente nunca convivieron porque



que ella en sí nunca se fue de su casa -de la deponente- y que si bien la causante compró una casa en el Municipio de Mosquera allá iba y se quedaba dos u ocho días y se regresaba, que en el año 2016 ya no volvió allá porque estaba muy enferma, que quien sí vivió allá fue el demandante; aduce que él si colaboró, que la acompañó en el Hospital, que ayudaba a reclamar medicamentos y que iba los fines de semana, refirió que fue ella quien realizó el trámite para el reconocimiento de la pensión de invalidez de la causante; precisó que la causante nunca vivió en la primera de mayo, que si iba y se quedaba 2 o 3 días pero regresaba a su casa.

Por su parte el deponente Gabriel Federico Jaramillo Cárdenas, en similar sentido indicó que si bien la causante y el demandante contrajeron matrimonio, ellos nunca se casaron, ni antes ni después de casarse, que la causante compró una casa en el Municipio de Mosquera antes de que se casara con el demandante, pero que en sí no la pudo disfrutar que apenas iba los fines de semana nada más, que él la llevaba los viernes y ya el domingo o festivo se regresaba, pero que ya después de que la operaron no pudo regresar porque todo se complicó; precisó que económicamente no le colaboró que su ayuda en los fines de semana era en los cuidados.

Del análisis conjunto de los anteriores medios de convicción en concordancia con la prueba documental allegada al plenario, ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, pues en realidad no es posible determinar con meridiana claridad la convivencia continua e ininterrumpida entre el demandante y la causante por el término de 5 años.

En efecto, aun cuando el demandante afirma que la convivencia entre él la causante se presentó mucho antes de que contrajeran matrimonio, lo cierto



es, que la mamá y el hermano de la causante refirieron al unísono que la causante siempre convivió con ellos, aun cuando no desconocen la relación sentimental que existió entre aquellos ni el hecho de que la causante eventualmente se quedaba en la casa del demandante algunos días y regresaba.

Supuestos que corroboran los diferentes formularios de afiliación de la causante a la AFP Porvenir S.A., así como el formato de solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez; los cuales fueron diligenciados en los años 2006, 2012 y 2013, y en los que se advierte que siempre consignó como dirección de su residencia el lugar en donde vivía su mamá, esto es, la Cll 19 # 96B 48.

Además, se advierte que uno de los formatos de la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral identificó en el aparte destinado a la información de su grupo familiar relacionó a su mamá y a su hermano³, y en el formato de reclamación de la pensión de invalidez relacionó a su mamá como beneficiaria.

Aunado a lo anterior, si bien las deponentes Amanda Medina Gamba y Blanca Lucila Gutiérrez Clavijo dan cuenta de la relación como pareja de la causante y el demandante aproximadamente desde el año 2007; de su dicho no es posible establecer la convivencia de forma continua e ininterrumpida bajo la referida condición, pues la deponente Amanda Medina al hacer referencia a la relación entre la causante y el demandante antes del año 2012 en la casa de sus suegros refirió simplemente que algunas ocasiones se cruzaban en el pasillo y la declarante Blanca Lucila indicó que ella compartía algunas tardes y noches en la casa de sus suegros.

³ Cfr fl 52 Carpeta MM_01



Las razones expuestas a juicio de la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Sin costas en esta instancia dado que el estudio del presente asunto se asumió en virtud del grado jurisdicción de consulta.

DECISIÓN:

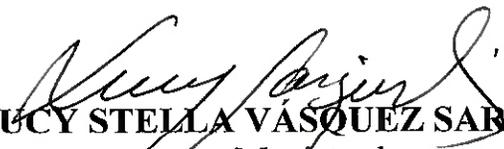
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

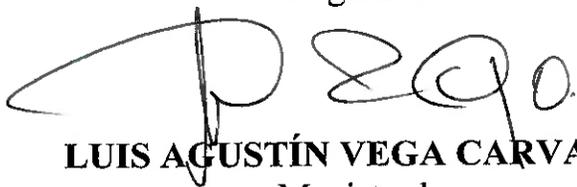
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- 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



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-032-2020-00294-01. Proceso Ordinario de Consuelo Cardona Martínez 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 Porvenir S.A. y Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el 1º 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 o ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como el traslado horizontal efectuado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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 junto con los aportes y rendimientos, activándolo en el sistema del RPM de Colpensiones y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 10 de noviembre de 1960, por lo que al momento de radicar la demanda cuenta con 59 años de edad, afiliándose al entonces Instituto de Seguros Sociales, entidad en la que cotizó un total de 614 semanas; que cotizó en el Sistema General de Pensiones un total de 1.861 semanas; que se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 16 de diciembre de 1994, teniendo como motivación lo dicho por el asesor de la AFP, referente a que se podía pensionar a cualquier edad y que el ISS se quebraría y por tanto perdería los tiempos cotizados; que de traslado a Porvenir S.A. el 0 de diciembre de 2001, teniendo como sustento que los rendimientos eran mayores y los ingresos sería superiores a los que obtendría en Colfondos S.A.; que Porvenir S.A. no brindó asesoría referente a que podría retornar al RPM conforme lo dispone la Ley 797 de 2003, ni dio asesoría alguna durante el término de permanencia de la afiliada, tales como que se podría trasladar cuando le faltaren más de 10 años para adquirir el derecho pensional o respecto de las alternativas del ahorro voluntario para evitar el detrimento en la mesada pensional; que elevó petición del probable estudio pensional ante Porvenir S.A., AFP que no emitió respuesta, por lo que interpuso acción de tutela que le correspondió al Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Laborales, la que fue admitida mediante auto del 13 de mayo de 2020, por lo que en respuesta emitida por Porvenir S.A. el 14 del mismo mes y año, le informó a la demandante la mesada pensional sería por la suma de \$1.080.900, no obstante la prestación en el RPM sería por el monto de \$1.804.979, pues tendría un IBL por la suma de \$2.241.779; que se evidencia un perjuicio muy alto en contra de la demandante respecto de las mesadas pensionales; que elevó



solicitud de traslado ante Colpensiones, el que fue negado mediante comunicado del 8 de septiembre de 2020.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Colfondos S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y ordenó a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración, ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, manteniendo las mismas condiciones en las que se encontraba al momento del traslado; de igual forma, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar con destino a Ministerio de Hacienda y Crédito Público los dineros recibidos por el bono pensional. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Frente al traslado de los dineros objeto del bono pensional, advirtió que en efecto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió y ordenó la redención de dicho medio de financiación de la pensión a favor de Porvenir S.A.

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

La demandada Porvenir S.A., solicitó se revoque la decisión en lo atinente con la ineficacia del demandante, así como las condenas impuestas, teniendo en



cuenta que si bien existe un precedente jurisprudencial amplio frente al deber de información, al momento de efectuarse el traslado horizontal, se entregó la información clara, completa y suficiente, lo que generó la afiliación de la actora, aunado, con que a lo largo de los años de permanencia se ha hecho entrega de extractos de la cuenta de ahorro individual, cumpliendo con el deber de información no solo al momento de la afiliación, sino durante la permanencia de la misma. Frente a la condena a la devolución de rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, refirió que el primero de los mencionados es una característica del RAIS, por lo que con la ineficacia la actora no debe recibir tal suma, pues los mismos no se generan en el RPM, situación que ha sido objeto de estudio por la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que los afiliados que reciban tales dineros se generaría una contravención al artículo 897 del Código de Comercio, frente a los restantes, tales conceptos están consagrados en la ley 100 de 1993, por lo que Porvenir adquirió unos seguros, sumas que fueron pagadas a las aseguradoras que cubrieron las contingencias de invalidez y muerte y los gastos de administración se han descontado con ocasión de la gestión y rendimientos generados en favor de la señora Cardona Martínez, así como, que el traslado de los dineros se debe realizar en la forma expuesta por la Superintendencia Financiera, esto es, conforme con el artículo 7° del decreto 3995 de 2008, afectándose a su vez, el patrimonio de la demandada y dejándose de reconocer la buena gestión adelantada.

Por su parte, Colpensiones solicitó se revoque el fallo proferido y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que si bien en la sentencia se precisa que existen fundamentos para declarar la ineficacia del traslado, también lo es, que con la decisión no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante, Colfondos y Porvenir, por lo que la entidad no puede ser beneficiada, ni perjudicada con la decisión. No obstante, de



confirmarse la falta al deber de información, no se debe declarar la ineficacia del acto jurídico, sino que en virtud de tal defecto, sea la AFP quien asuma las consecuencias de la mala información y por ello, conforme con la teoría del daño, debe ser Colfondos quien asuma la diferencia pensional que exista en uno u otro régimen, por lo que se debe condenar a dicha AFP para que sea ella quien asuma en las mismas condiciones la afiliación de la demandante y reconozca el derecho en los mismos términos como su estuviera en el RPM, situación que iría de la mano con el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema.

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, posición

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



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

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

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues 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 Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como el traslado horizontal efectuado 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 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 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 los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la actora a la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, pues se reitera, quien debe asumir los perjuicios es la administradora de pensiones que no brindó la debida información, debiéndose confirmar la decisión de primer grado en tal sentido.

En punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aduce 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 la sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocarla sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva (SL 2059 de 2022).

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 y no la administradora privada.

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 las administradoras privadas, 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.

Ahora, es necesario precisar que si bien la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria es la encargada de la vigilancia, supervisión y control de las administradoras de fondos de pensiones y por ello, emiten conceptos referentes al RAIS, también lo es, en primer lugar que los conceptos que emite dicha entidad no son de obligatorio aplicación en la jurisdicción ordinaria laboral y en segundo lugar, por cuanto el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, ha establecido por intermedio de su reiterada jurisprudencia, la necesidad de trasladar los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración que se hayan depositado en la cuenta de ahorro individual del afiliado o se hayan descontado del aporte mensual con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, para poder financiar el futuro derecho pensional, concepto último que es el acogido por la Sala de Decisión.



De igual forma, no es posible acoger el dicho de la demandada Colpensiones, en el sentido que se condene a la encartada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías al reconocimiento y pago de la diferencia pensional en los mismos términos en los que se hace en el RPM, pues tal pretensión no fue controvertida por la dicha encartada, ni objeto de fijación del litigio en primera instancia por parte del aquo, en el entendido que no se presentó demanda de reconvención alguna por parte de Colpensiones, en la que se elevara tal petición y por tanto, este no es el momento procesal oportuno para decidir frente a la misma.

Así mismo, no merece reproche alguno la decisión adoptada por el fallador de primer grado, que ordenó a Porvenir S.A. a proceder con la devolución del bono pensional emitido y redimido a favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues el mismo ya se había puesto a disposición de la administradora de pensiones privada y como quiera, que el mismo es un método de financiación del derecho pensional, debe ser remitido a dicha Cartera.

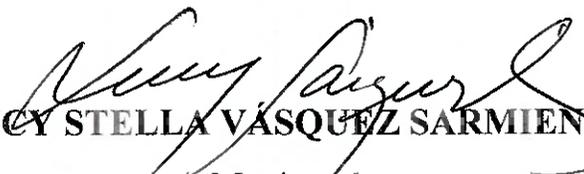
Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP que en el término de treinta (30) días hábiles den cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

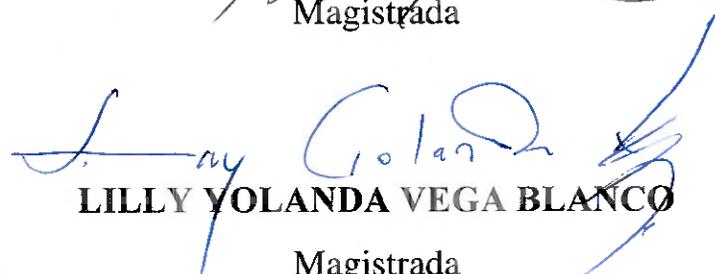
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y las de esta instancia a cargo únicamente de la encartada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

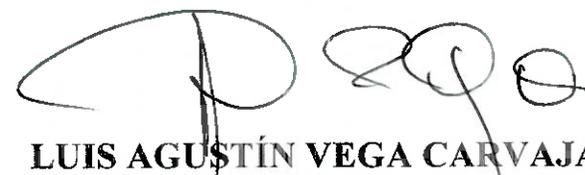


DECISIÓN:

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: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y las de esta instancia a cargo únicamente de la encartada 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., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 037 2019 00589 01. Proceso Ordinario Luz Viviana Cuellar Fernández 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 en favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación por medio de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías desde el 10 de enero de 1999 a través de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y la libertad de afiliarse al régimen de prima media con prestación definida; se condene a Colfondos S.A. a liberarla de su base de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación con todos sus frutos e



intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y realizar el correspondiente traslado a Colpensiones.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 20 de junio de 1963 y comenzó su vida laboral en enero de 1986 afiliándose al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, en donde permaneció hasta el 27 de agosto de 1997 cuando se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

Afirmó que el asesor de Colfondos S.A. le ofreció algunos beneficios para que accediera al traslado de régimen, como que el monto de su pensión sería más alto, que si al cumplir la edad no quería pensionarse le devolverían el capital acumulado; pero que omitió indicarle el monto del capital requerido para obtener una pensión en la modalidad de renta vitalicia y en retiro programado, el plazo para retornar al régimen de prima media, entre otros aspectos propios del sistema general de pensiones.

Añadió que el formulario de afiliación que suscribió al momento de su traslado a la AFP Colfondos S.A. no contenía información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar una mejor decisión respecto de su perspectiva pensional.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo que la demandante se encuentra en la prohibición legal de trasladarse y que se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento,

¹ Cfr fls 69 a 77 expediente físico.



prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías sostuvo que sí brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, compensación y pago, ausencia de vicios en el consentimiento, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad que tuvo lugar el 27 de agosto de 1997 con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sociedad a la que condenó a transferir con destino a Colpensiones todos los valores en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros, gastos de administración.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, para lo cual aduce en principio que si bien existe un deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, desde la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de la misma anualidad, el mismo se intensificó



con la expedición de la Ley 1328 de 2009, al convertirse en un deber de asesoría y buen consejo, de manera que en el asunto no es dable requerir las mismas formalidades en la asesoría previa, dado que el traslado de la demandante se produjo en el año 1997, motivo por el que no era dado exigir un documento adicional al formulario de afiliación.

Sostiene que si bien la demandante aduce que la falta de información radicó en que se le explicaron las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; la Ley 100 de 1993 prevé las características y condiciones del régimen de pensiones y que al tenor de lo dispuesto en el artículo 9° del Código Civil no le es dado alegar la ignorancia de la ley, para atribuir a las AFP la responsabilidad de haber omitido información.

Afirma que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2241 de 2010 los afiliados también tienen obligaciones como consumidores financieros del sistema general de pensiones, de manera que el deber de información se integra por la obligación de asesoría por parte de los fondos de pensiones a los posibles afiliados, así como por la información que estos adquieran de manera autónoma.

Señala que las sentencias que declaran la nulidad del traslado y le ordenan a su representada recibir los afiliados del régimen de ahorro individual, imparten una justicia incompleta en tanto que afectamente gravemente sus intereses frente a unos hechos en los que no intervino; lo que además atenta contra el principio constitucional de estabilidad financiera.

Finalmente solicitó que en caso de no acceder a la anterior solicitud se confirme la determinación adoptada en relación las costas del proceso, así como la devolución de todos los valores recibidos por concepto de la afiliación de la accionante incluidos los gastos de administración.



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



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

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

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

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

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

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."



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.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías 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 a la recurrente, 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, como ésta lo sugiere.

Conviene precisar que la obligación a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones en relación con el deber de información, no se ve desdibujada, con los deberes del consumidor financiero, en tanto en este prevé que *“toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla.”* y en todo caso el conjunto normativo a que se hace alusión es posterior a la fecha de afiliación de la accionante.

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 el servidor 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 Colfondos 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; 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



mulidad 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>>.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP



que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

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

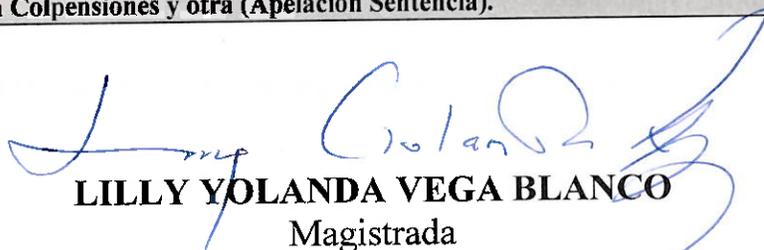
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

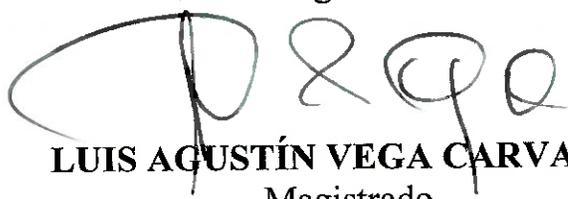
TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-037 2021 00254 01. Proceso Ordinario de Pedro Pablo Hernández Torres contra Colpensiones. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor 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 la demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 8 de febrero de 2022.

ANTECEDENTES:

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida en su favor a partir del 4 de febrero de 2020, aplicando la tasa de remplazo que corresponde de acuerdo con lo previsto en los artículos 21, 33, 34 y 35 de la Ley 100 de 1993, junto con el correspondiente retroactivo



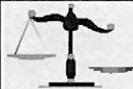
pensional, así como los intereses de mora que prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones señaló en esencia que con ocasión a la cotización de 2040 semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales, la demandada mediante Resolución SUB 49790 del 21 de febrero de 2020, le reconoció pensión de vejez en cuantía inicial de \$5'226.869,00 a partir del 4 de febrero de 2020.

Afirma que para la determinación del monto de su prestación de vejez tuvo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$6'822.698,00 y una tasa de reemplazo del 76,61%; siendo lo correcto aplicar el 80% dando estricta aplicación a lo establecido en los artículos 21, 33, 34 y 35 de la Ley 100 de 1993.

Una vez notificada la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo que ha actuado conforme a derecho, precisó que el porcentaje inicial para la liquidación de la prestación de vejez del demandante es del 61,61% y que para el incremento del mismo tan solo era procedente tener en cuenta 700 semanas en tanto que el incremento se produce por cada 50 semanas de cotización y el demandante acumuló un total de 2040 semanas. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

El *aquo* condenó a la demanda al pago indexado de la suma de \$6'028.475,00 correspondiente al retroactivo de las diferencias pensionales causado entre el 4 de febrero de 2020 y el 31 de enero de 2022, sin perjuicio de aquellas sumas



que se causen con posterioridad y precisó que el monto de la mesada para el año 2022 asciende a \$5'609.501,00.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que, de acuerdo con la densidad de cotizaciones acumuladas por el demandante, este tiene derecho a que su mesada pensional se determine con una tasa de remplazo equivalente al 80%.

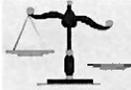
Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la entidad demandada interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la apoderada de la demandada se revoque la condena en costas en contra de su representada, para lo cual aduce en esencia que actuó en forma diligente y de buena fe; y agregó que, si bien su representada incurrió en un error al determinar el monto del derecho pensional, esta situación no puede tenerse como un obrar de mala fe

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 previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación así como el grado jurisdiccional de consulta, corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho a que su prestación de vejez se reajuste teniendo en cuenta una tasa de remplazo equivalente al 80% y de ser así, si es procedente ordenar el pago indexado de las diferencias causadas, así como la condena en costas en contra de la demandada.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no fue objeto de discusión entre las partes que mediante la Resolución SUB 49790 del 21 de febrero de 2020 la entidad demandada reconoció a favor del demandante pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, , modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 4 de febrero de 2020 en cuantía inicial de \$5'226.869,00; suma que estableció sobre un ingreso base de liquidación de \$6'822.698,00 y una tasa de remplazo del 76,61%

En punto a la determinación de la proporción o tasa de remplazo para establecer el monto de las pensiones de vejez previstas en la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de enero de 2004, el artículo 34 del aludido conjunto normativo, luego de la modificación introducida por el artículo 10º de la ley 797 de 2003, previó unos parámetros de acuerdo con el nivel de ingresos del afiliado, al señalar:

“...A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de



liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.”

En punto a la forma en que se determina la tasa de remplazo en los términos del precepto en cita la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL3501 de 2022, en la que señaló:

“...la fórmula decreciente estableció que para determinar la tasa de reemplazo se resta a 65.50 los salarios mínimos contenidos en el IBL en cada caso, por tanto, si se vuelve a utilizar ésta para calcular el monto máximo de la pensión, se estaría tomando el nivel de ingresos de cotización para disminuir o castigar dos veces el monto de la pensión, lo cual no tiene justificación alguna, pues con la fórmula se pretende desincentivar el aumento injustificado del ingreso base de cotización, pero en manera alguna limitar el número de semanas necesario para alcanzar el monto máximo de la pensión establecido por la misma norma, salvo la del tope legal ahora vigente de 25 SMMLV.

No puede perderse de vista que, en un régimen de pensiones basado en cotizaciones contributivas, como lo es el establecido por la Ley 100 de 1993, la cotización se encuentra atada a la actividad laboral desarrollada por el afiliado, bien sea como trabajador dependiente o como independiente, así, aquella es consecuencia directa del trabajo humano



que cuenta con una especial protección constitucional, en consecuencia, no existe razón lógica alguna, en criterio de la Corte, que permita la exclusión de las semanas posteriores a las primeras 500 adicionales a las mínimas, necesarias para alcanzar el monto máximo de la pensión, pues ello, sin duda, vulnera el derecho fundamental al trabajo.

Así las cosas, los afiliados que obtienen una tasa de reemplazo inicial inferior al 65% pueden incrementar el porcentaje con semanas adicionales a las mínimas requeridas, hasta llegar al monto máximo del 80% del ingreso base de liquidación, pues, de lo contrario, la norma no surtiría ningún efecto, ya que con sólo 500 semanas adicionales no se alcanza el monto del 80% del ingreso base de liquidación, que es el máximo que permite la norma.”

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, ningún reproche merece la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado; en tanto que, de acuerdo con la densidad de cotizaciones que acumula el demandante, tiene derecho a que la prestación se determine con una tasa de remplazo del 80%.

Lo anterior se afirma en cuanto, al no ser objeto de discusión en esta instancia que el ingreso base de liquidación corresponde a la suma de \$6'822.698,00, al aplicar la fórmula prevista en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 << $r = 65.50 - 0.50 s^1$ >>, la tasa de remplazo inicial del accionante es de 61,62%, teniendo en cuenta para el efecto que el salario mínimo para el año 2020 es de \$ 877.803,00; y al tener en cuenta que el demandante cotizó 740 semanas adicionales a las 1.300 le permitiría un incremento del 21%, teniendo en cuenta que se previó un incremento del 1,5% por cada 50 semanas adicionales, de no ser porque la norma en mención estableció como porcentaje máximo el 80% del IBL.

¹ Donde r = porcentaje del ingreso de liquidación; y s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.



Ahora, bien en cuanto a la decisión de ordenar el pago indexado de las sumas adeudadas, tampoco merece reparo alguno la decisión de primer grado en tanto que es evidente que las sumas adeudadas se ven afectadas por la pérdida del poder adquisitivo.

En lo que respecta a la condena en costas, corresponde indicar que su imposición obedece a un criterio netamente objetivo y que se circunscribe al hecho real y cierto de si la parte resultó vencida o no en el juicio pertinente, sin ningún otro tipo de consideraciones. Tal es la intelección que se debe dar al artículo 365 del Código General del Proceso, conforme con el criterio que sentó sobre el particular la propia Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013.

Bajo tal perspectiva, en tanto se advierte que la decisión de primer grado fue adversa a la demandada, es del caso confirmar la sentencia de primera instancia. No se impondrá condena en costas en esta instancia en tanto el conocimiento del asunto también 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:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la referencia.



SEGUNDO.- 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



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 038 2019 00183 01 Proceso Ordinario
Gizella Ivonne Di Bello Barbosa contra Colpensiones y Otros
(Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración que la demandada debe corregir su historia laboral incluyendo las semanas que cotizó como trabajadora independiente en los periodos de agosto a noviembre de 2016, marzo, agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2017, y marzo, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2018; se condene a la demandada al reconocimiento,



liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar y que resulten probados dentro del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que el 27 de diciembre de 2018 radicó ante la demandada derecho de petición mediante el que solicitó se corrigiera su historia laboral incluyendo las semanas que cotizó como trabajadora independiente así: los ciclos de agosto a noviembre de 2016 con un ingreso base de cotización de \$5'360.000,00; el ciclo de marzo de 2017 con un IBC de \$4'840.000,00, los ciclos de agosto de agosto a noviembre de la misma anualidad con un IBC de \$9'480.000,00; el ciclo de marzo de 2018 con un IBC de \$4'983.334,00, los ciclos de agosto y septiembre de 2018 con un IBC de \$6'500.000,00 y los ciclos de octubre y noviembre de 2018 con un IBC de \$8'620.000,00.

Indicó que el 7 de febrero de 2019 la demandada, le remitió respuesta al derecho de petición en la que no indicó plazo o posible solución a su solicitud; y que a la fecha de presentación de la demanda no ha dado respuesta, ni corregido su historia laboral.

Una vez notificada la accionada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones¹, para lo cual indicó que mediante comunicado del 7 de febrero de 2018 informó a la demandante el trámite a seguir para acreditar los ciclos relacionados en su solicitud. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

¹ Cfr fls 45 a 51 Exp. Digitalizado.



Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* absolvió a la demandada al considerar en esencia que los ciclos en que la demandante acreditó haber efectuado aportes al sistema general de pensiones como trabajadora independiente ya se encuentran reportados en su historia laboral; y que respecto de otros de los ciclos únicamente se advierte la cotización en salud.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a la demandante, y no se interpuso recurso de apelación en su favor, 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.

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 ordenar la corrección del reporte de semanas cotizadas ante la demandada, en los periodos e ingreso base de cotización que la demandante reclamó mediante derecho de petición del 27 de diciembre de 2018.

En lo que interesa al asunto no es objeto de discusión entre las partes que la demandante se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por la demandada, desde el 15 de julio de 1981, y que mediante derecho de petición radicado el 27 de diciembre de 2010, reclamó la corrección de su historia laboral a efectos de se incluyeran periodos en los que afirma realizó aportes en condición de trabajadora independiente.



Los periodos cuya inclusión pretende la accionante son: agosto a noviembre de 2016 con un ingreso base de cotización de \$5'360.000,00; marzo de 2017 con un IBC de \$4'840.000,00, agosto a noviembre de 2017 con un IBC de \$9'480.000,00, marzo de 2018 con un IBC de \$4'983.334,00, agosto y septiembre de 2018 con un IBC de \$6'500.000,00, y, octubre y noviembre de 2018 con un IBC de \$8'620.000,00.

Con tal propósito, con la demanda se acompañó el soporte de pago de las planillas integradas de autoliquidación de aportes de los referidos ciclos, en las que tal como lo señaló el servidor judicial de primer grado; se verifica el pago efectivo de aportes al sistema general de pensiones de los ciclos de agosto a noviembre de 2016, marzo de 2017, agosto a noviembre de 2017 y marzo de 2018, con el ingreso base de cotización relacionado en la petición; sin embargo, no ocurre lo mismo en relación con las planillas correspondientes a los ciclos de agosto a noviembre de 2018, pues en estas únicamente se advierte el pago de aportes a salud para los ciclos de agosto a octubre, y de salud y pensión para el ciclo de noviembre.

En esas condiciones, de entrada advierte que no es procedente el cómputo de los ciclos de aportes correspondientes a los ciclos de agosto a noviembre de 2018, en la medida que la accionante no acredita el pago correspondiente; y en lo que respecta a los demás ciclos de cotizaciones cuya inclusión se reclama, observa la Sala que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas actualizado al 3 de abril de 2019 que se aportó con la contestación de la demanda², las mismas ya aparecen relacionadas, motivo por el que tampoco resulta procedente acceder imponer condena en contra de la entidad demandada.

² Cfr expediente administrativo, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1462-20190403022539



Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia, en tanto que el conocimiento del asunto 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

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto.

SEGUNDO.- 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



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 041 2022 00024 01 Proceso de Fuero Sindical (Permiso para despedir) de Caja Colombiana de Subsidio Familiar -Colsubsidio- contra Jeannett Martínez Ruíz. (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, la Caja Colombiana de Subsidio Familiar -Colsubsidio- convocó a Jeannett Martínez Ruíz, para obtener mediante los trámites propios del proceso de fuero sindical, que previa declaración de que existe justa causa dar por terminado el contrato de trabajo de la demandada se le otorgue permiso para finalizarlo.

HECHOS:

Adujo la accionante que la demandada se encuentra vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de junio de 1998 en el cargo de Auxiliar de Gestión PQRS en la Gerencia Operación de Subsidios.



Indicó que condición de empleador solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandada, y que ante la falta de respuesta presentó acción de tutela en cuyo trámite, dicha entidad, informó que mediante Resolución SUB290491 del 3 de noviembre de 2021 reconoció el pago de la pensión de vejez y que conoció de dicha información el 17 de diciembre de 2021, cuando le fue notificado el correspondiente fallo de tutela.

Que la demandada se encuentra amparada por la garantía de fuero sindical, al ostentar la condición de Vicepresidente de la organización sindical Sinaltracomfasalud y Presidente del sindicato UTCF.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

Corrido el traslado de ley y remitido el correo para la práctica de la notificación a la demandada y las organizaciones sindicales, se dispuso designar curador ad litem a favor de la demandada quien en audiencia pública celebrada el 19 de abril de 2022¹ contestó la demanda en oposición a las pretensiones y propuso la excepción de prescripción. De igual forma la organización sindical Sinaltracomfasalud intervino en la misma audiencia.

La organización sindical Unión de Trabajadores de las Cajas de Compensación Familiar -UTCf- no se presentó a la audiencia, ni efectuó pronunciamiento alguno.

¹ Cfr archivo "23 AUDIENCIA PÚBLICA ESPECIAL..." expediente digital



El *aquo* profirió sentencia², mediante la cual dispuso el levantamiento de la garantía de fuero sindical de la demandante y le otorgó permiso para despedirla; para lo cual adujo en esencia que se encuentra acreditado dentro del proceso que a la demandante no solo se le reconoció pensión de vejez, sino que además fue incluida en nómina de pensionados y que esta situación constituye una justa causa de terminación del contrato de trabajo de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 62 del C.S.T..

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente en esencia, de un lado, que se debe dar aplicación al párrafo del literal A del artículo 62 del C.S.T., el cual dispone que la causal invocada debe ser notificada a la trabajadora con 15 días de anticipación; de manera que tan solo una vez ejecutoriada la decisión que se profiera en el presente asunto la entidad accionante debe proceder de acuerdo con lo prevé la norma en mención.

De otra parte, sostuvo que se está en presencia de una nulidad, por violación al debido proceso a la organización sindical Unión de Trabajadores de las Cajas de Compensación Familiar -UTCF- al no habersele nombrado curador de acuerdo con lo que para el efecto establece el artículo 29 del C.P.T. y S.S.; norma que aduce no fue derogada por el Decreto 806 de 2020.

Aduce al efecto que si bien el Decreto 806 estableció una forma de notificación más expedita; también lo es que las garantías que devienen de

² Cfr archivo "43GrabaciónAudiencia"



la notificación y comparecencia al proceso, no han sido derogadas; y que en el presente asunto dicha organización sindical puede verse afectada.

Refiere que en el asunto no existe prueba de que el correo electrónico remitido a la organización sindical haya sido leído; y que se equivoca el servidor judicial de primer grado al plantear que su intervención es de poca monta.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado resultó adversa a los intereses de la trabajadora demandada y no interpuso recurso de apelación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del C.S.T. se asumirá el conocimiento de la decisión de primer grado en el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA:

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente, así como el grado jurisdiccional de consulta el análisis de la Sala se circunscribe a determinar de un lado si se está en presencia de causal de nulidad al no haberse designado curador ad litem para la representación de la Organización Sindical Unión de Trabajadores de las Cajas de Compensación Familiar -UTCF-; y de otro, si es procedente autorizar la terminación del contrato de trabajo de la demandada y de ser así si hay lugar a ordenar a la entidad accionante que para para ello debe proceder a remitir el aviso que prevé el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 en su literal a).

Para resolver lo pertinente, la Sala observa que se encuentra acreditado, el vínculo laboral que ata a las partes desde el 16 de junio de 1998, tal como se



desprende de la certificación expedida por la accionante, así como el contrato de trabajo aportado³; ni que la demandada se encuentra amparada por la garantía de fuero sindical, en su doble condición de integrante de la junta directiva de las organizaciones sindicales Unión de Trabajadores de las Cajas de Compensación Familiar -UTCF-⁴ y Sinaltracomfasalud⁵ -seccional Bogotá, en calidad de Presidente y Vicepresidente, respectivamente.

Ahora bien, por cuestiones de orden metodológico la Sala emprenderá en primer lugar el análisis relacionado con los aspectos de orden procesal, esto es, si se está en presencia de causal de nulidad al no haberse designado curador ad litem a la organización sindical Unión de Trabajadores de las Cajas de Compensación Familiar -UTCF-.

Con tal propósito considera la Sala oportuno señalar que la Corte Constitucional en la sentencia C-240 de 2005, señaló que, si bien las organizaciones sindicales tienen la condición de parte en los procesos de fuero sindical, y que en razón a ello su participación debe estar plenamente garantizada desde el inicio del proceso; su intervención como el de cualquier otra parte es de carácter facultativo; al respecto señaló:

“Por lo dicho queda claro que en estos procesos de fuero sindical la citación al sindicato del cual forma parte el aforado será forzosa, es decir, existe para el juez el deber de notificar a la organización sindical el auto admisorio de la demanda y de correrle traslado de la misma, para que el sindicato, como parte en ese proceso decida, en ejercicio de sus funciones y con plena autonomía si participa en el proceso, caso este en el cual podrá efectuar todos los actos procesales que la ley autoriza para quienes actúan como parte y no como terceros en el proceso respectivo. Pero, sin que en ningún caso pueda ser exigida jurídicamente la adopción de una conducta procesal determinada pues, como es obvio, en defensa de sus intereses bien

³ Cfr carpeta “01.1 PRUEBAS”

⁴ Cfr archivo “NUEVA JUNTA DIRECTIVA UTCF NOV...” carpeta “01.1 PRUEBAS”

⁵ Cfr archivo “NOTIFICACIÓN NUEVA JUNTA DIRECTIVA SINALTRACOMFASALUD...”



podría el sindicato abstenerse de realizar algunas actuaciones, si así lo considera más procedente.”

Ahora bien, en punto a la forma en como las organizaciones sindicales deben ser citadas; conviene advertir que de acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del artículo 118B del C.P.T. y S.S. facultó al servidor judicial para que dicha notificación se efectúe por el medio que “*considere más expedito y eficaz...*”, de manera tal que para su notificación no se previeron los mecanismos establecidos para las demás partes.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio se observa que en el auto admisorio de la demanda el servidor judicial dispuso la notificación de la demanda a dicha organización sindical mediante correo electrónico y de esta forma se llevó a cabo mediante correo electrónico remitido el 1° de febrero de 2022 a la dirección de correo electrónico utcforganizacionsindical@gmail.com; aunado a ello se observa igualmente que la accionante, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 6° del Decreto 806 de 2020, remitió copia de la demanda y sus anexos tanto a la demandada, como a las organizaciones sindicales accionadas el 18 de enero de 2022 y para el caso puntual del sindicato Unión de Trabajadores de las Cajas de Compensación Familiar -UTCF- el mensaje de datos se remitió a la misma dirección de correo electrónico antes indicada; la que sea del caso advertir corresponde a aquella registrada ante el Ministerio del Trabajo⁶.

En tal sentido, considera la Sala que la vinculación de la Unión de Trabajadores de las Cajas de Compensación Familiar -UTCF- se produjo en los términos del artículo 118B del C.P.T. y S.S.; pues la comunicación remitida mediante correo electrónico cumple con los presupuestos indicados en la referida disposición, sin que sea necesaria la designación de curador ad litem ante su incomparecencia.

⁶ Cfr Fl 8 archivo “38 RESPUESTA DEL MINISTERIO...”



Dilucidado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si es procedente autorizar el levantamiento de la garantía de fuero sindical y de contera autorizar la terminación del contrato de trabajo de la demandada.

Con tal propósito se considera preciso indicar que la Corte Constitucional ha enseñado que la institución del fuero sindical es una consecuencia de la protección especial que el Estado otorga a los sindicatos para que puedan cumplir libremente la función que a dichos organismos compete, cual es la defensa de los intereses de sus afiliados.

Con dicho fuero, la Carta y la Ley, procuran el desarrollo normal de las actividades sindicales, valga decir, que no sea ilusorio el derecho de asociación que el artículo 39 Superior garantiza; por lo que esta institución mira a los trabajadores y especialmente a los directivos sindicales, para que estos puedan ejercer libremente sus funciones, sin estar sujetos a las represalias de los empleadores. En consecuencia, la garantía foral busca impedir que, mediante el despido, el traslado o el desmejoramiento de las condiciones de trabajo, sin previo permiso del Juez Laboral, se perturbe indebidamente la acción que el legislador le asigna a los sindicatos.

Ahora bien, el artículo 410 del C.S.T., establece como justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por fuero las siguientes:

“ART. 410.—Modificado. D. 204/57, art. 8°. Justas causas del despido. Son justas causas para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:

- a) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y*
- b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.”*



Estando determinadas en forma precisa y clara cuáles son las justas causas de despido por las que se puede solicitar el permiso para despedir a un trabajador aforado, en el asunto dimana con claridad que la acción promovida en principio resulta procedente en tanto las pretensiones de la demanda se erigen en lo que para el efecto prevé el literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el caso que ocupa la atención de la Sala de acuerdo con el motivo que aduce la accionante para solicitar el levantamiento de la garantía de fuero sindical y se autorice la terminación de su contrato de trabajo es el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones; circunstancia que efectivamente constituye justa causa de terminación del contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, luego de la modificación introducida por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003; causal que fue declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, en el entendido que debe haberse notificado al trabajador su ingreso en nómina de pensionados.

En el asunto no se discute y se encuentra acreditado el reconocimiento del derecho pensional a favor de la demandada, ni que ésta fue incluida en nómina de pensionados para el periodo de noviembre de 2021⁷; lo que de contera permite establecer que se encuentra acreditada la causal alegada por la accionante para autorizar la terminación de su contrato de trabajo.

Ahora; a juicio de la Sala no es de recibo el planteamiento que eleva el recurrente relativa a que se ordene a la accionante remitir el aviso que establece el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 en el inciso final de su literal a), pues además de haberse notificado la determinación de la finalización del vínculo desde el 13 de enero de 2022; en todo caso, en

⁷ Cfr fls fl 12 y siguientes archivo “37 RESPUESTA COLPENSIONES”



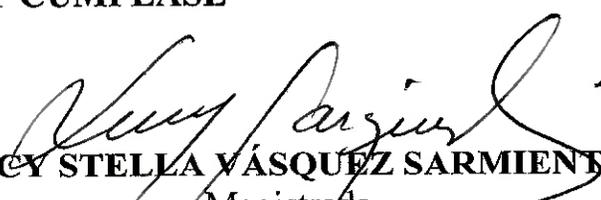
concordancia con lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tal requisito <<aviso previo>> ya no es exigible.

Los argumentos expuestos a juicio de la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Costas sin lugar a su imposición en esta instancia dado que también se asumió el conocimiento de la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

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: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. **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