



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO GERMAN HERNANDEZ CORTES
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y SKANDIA S.A., LLAMADA EN
GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

RADICADO: 110013105 003 2020 00215 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de agosto de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y posteriormente a Skandia S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que, desde el 25 de junio de 1985 hasta el 6 de junio de 2001, estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, acumulando un total de 1156 semanas; que para el mes de junio de 2001 se trasladó a Santander S.A hoy Protección S.A y posteriormente en el año 2015 a Skandia S.A.; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, los artículos 48,49,53 de la Constitución Política, los artículos 1502,1508,1513,1514,1515,1602,1603 del Código Civil, la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994, el Decreto 465 de 2005 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información brindada por parte de los asesores de las AFP. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de responsabilidad, responsabilidad sui generis, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia de principio de sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de

pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante le es plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 literal e de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de Skandia no participo ni intervino en el momento de selección, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos no son los mismos, prescripción, buena fe y la genérica.

MAPFRE., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que Skandia cumplió a cabalidad con sus deberes de información en consideración al tipo de traslado que voluntariamente realizó el afiliado y a la época que ello ocurrió. Propuso las excepciones de los actos jurídicos de afiliación fueron debidamente informados, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material, legalmente el demandante encuentra inhabilitado para trasladarse y el reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de agosto de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado realizado por el Señor GERMÁN HERNÁNDEZ CORTÉS, el 25 de mayo de 2001, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de igual manera, la ineficacia de los traslados horizontales que se realizaron con posterioridad de ING SANTADER PENSIONES Y CESANTÍAS, a OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S. A., el 16 de julio de 2015, así como el traslado horizontal de diciembre de 2019, realizado de OLD MUTUAL S. A. a SKANDIA S. A., para entender vinculado al Demandante en forma válida al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP SKANDIA S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del Demandante GERMÁN HERNÁNDEZ CORTÉS por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en caso de encontrarse redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual

manera deberá devolver los descuentos que hubiese realizado al Demandante durante el tiempo de afiliación por concepto de gastos de administración, el valor de las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S. A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los descuentos que hubiese realizado al demandante durante el tiempo de permanencia en ING SANTANDER PENSIONES y CESANTÍAS, hoy en día PROTECCIÓN S. A. por concepto de gastos de administración, el valor de las primas de los seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar y recibir todos esos dineros provenientes de las AFP PROTECCIÓN, y SKANDIA S. A., para que proceda a activar la afiliación del Demandante GERMÁN HERNÁNDEZ CORTÉS, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

QUINTO: ABSOLVER a la Llamada en Garantía MAPFRE S. A. de todas y cada una de las pretensiones de la Demanda y de ese llamamiento en garantía, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la Demandada COLPENSIONES, denominada Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, adicionalmente se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a todas las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS MIL (\$1.700.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO a SKANDIA S. A. en la suma de UN MILLÓN (\$1.000.000) DE PESOS MCTE en favor de la Llamada en Garantía MAPFRE S. A., conforme la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el párrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia de forma parcial, al considerar que la AFP no debe asumir los gastos y comisiones y demás emolumentos, teniéndose en cuenta que fueron deducidos por mandato legal esto de conformidad con el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, los cuales fueron destinados para cubrir los gastos de administración de la cuenta individual del demandante y obtener los rendimientos para beneficio de la cuenta; refirió que los seguros previsionales fueron destinados a la aseguradora para cubrir el pago de pensión, por lo que el artículo 7 del Decreto 3975 que dichos dineros deban ser trasladados a otro fondo, teniéndose en cuenta que pueden estar prescritos de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que al demandante no le asiste derecho de retornarse al RPM esto de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 del 2003; sin que se evidencie en el presente asunto la ausencia del deber de información, en virtud de que el actor opto de forma voluntaria vincularse con las AFP.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Santander hoy Protección S.A., el 25 de mayo de 2001.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de agosto de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO LEONOR STELLA PERILLA FORERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 003 2022 00243 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de agosto de 2023.

En esta instancia el apoderado de la parte demandada Porvenir S.A., presentó alegato de conclusión, en el que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el

tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 31 de marzo de 1967; que estuvo afiliada el Instituto de los Seguros Sociales hasta el mes de diciembre de 1997; que se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo privado le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 48 y 335 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, los artículos 1509,1603, 1746,963 del Código Civil, el Decreto 3800 de 2003, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado numero 46292 de 2014, 31989 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no hay lugar de que la entidad reciba de nuevo a la demandante, ya que se ostenta en contra de la sostenibilidad financiera. Propuso entre otras las excepciones de validez de la afiliación, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dinero de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica de reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de excepciones.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no existe causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta la inexistencia de vicio del consentimiento o causal de ineficacia en la afiliación realizada por la AFP. Propuso entre otras las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin justa causa y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de agosto de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la Demandante LEONOR STELLA PERILLA FORERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 30 de enero 1998, de igual manera se declara la ineficacia del traslado horizontal realizado entre HORIZONTE S. A. y PORVENIR S. A. a partir del 1° de enero de 2014, para entender vinculada a la accionante en forma válida al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, conforme la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante LEONOR STELLA PERILLA FORERO por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, en caso que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá trasladar a COLPENSIONES todos los descuentos que realizó a la Demandante durante el tiempo de su permanencia, por concepto de gastos de administración, el valor de las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a aceptar y recibir esos dineros provenientes de PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante LEONOR STELLA PERILLA FORERO, como si nunca se hubiese traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada principio de sostenibilidad financiera del sistema propuesta por COLPENSIONES. Así mismo, DECLARAR NO PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por ambas demandadas. Todo conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las DEMANDADAS, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) PESOS MCTE a cargo de cada una.

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el

formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que al demandante no le asiste derecho de retornarse al RPM esto de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 del 2003; resaltó que la demandante en consideración al margen de tiempo que permaneció vinculada al RAIS ha dejado su intención de permanecer en dicho fondo con todo lo que implica, como consecuencia de lo anterior solicitó revocar la sentencia de instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 30 de enero de 1998.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

No obstante, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia a fin de establecer que los dineros a trasladar por parte de la AFP se deberán pagar debidamente indexados, esto de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL2173-2022.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de agosto de 2023, en el sentido **ORDENAR** que los valores a trasladar por parte de Porvenir S.A., deberán pagarse debidamente indexados.

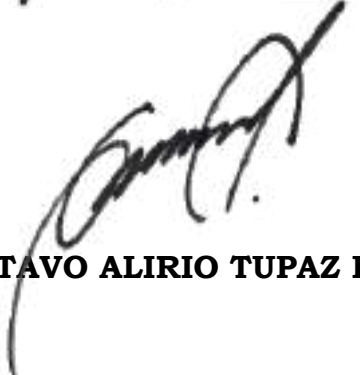
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en consulta en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON

Ordinario Apelación Sentencia
N° 003-2022-00243-01
Leonor Stella Perilla Forero
Colpensiones y Otros



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DOLLY FAIZULY
GARZÓN BOHORQUEZ CONTRA HEON HEALT ON LINE
S.A. y HEON MEDICAL SOLUTIONS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 008 2020 00152 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil
veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de diciembre de 2021, en donde se condenó a la demandada Heon Healt On Line S.A. al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del

C.S.T. y a la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Los recursos de apelación propuestos tienen por objeto de una parte que se determinara que el pago de la liquidación efectuado era arbitrario, que la indemnización moratoria por no consignación de cesantías debía causarse hasta el pago total de la obligación y que debía declararse la solidaridad de la empresa Heon Medical Solutions S.A. y de otra, que se revocaran las condenas efectuadas en la medida que Heon Healt On Line S.A. siempre se actuó de buena fe.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de la parte actora y de la demandada Heon Healt On Line S.A., en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La actora formuló demanda con el objeto que se declarara que suscribió contrato a término indefinido con la empresa Heon Health On Line S.A., el cual estuvo vigente dentro del periodo comprendido entre el 25 de julio de 2016 y el 30 de diciembre de 2019 y la solidaridad patronal entre Heon Health On Line S.A. y Heon Medical Solutions S.A. en consecuencia, se ordenara el reconocimiento y pago de la liquidación de prestaciones sociales dispuesta por el empleador a la terminación del contrato, a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley

50 de 1990, a lo que resultare probado ultra y extra petita, a la indexación de las sumas y a las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que en virtud del contrato suscrito con la empresa Heon Health On Line S.A., se desempeñó como analista de desarrollo y devengó como último salario la suma de \$4.500.000; que trabajó indistintamente y mediante el mismo contrato para las sociedades Heon Helth On Line S. A. y Heon Medical Solutions S. A., siéndole cancelado su salario por la última empresa mencionada y que luego de presentar su renuncia, se le efectuó liquidación por valor de \$8.386.500, sin que la misma fuera cancelada, puntualizando además que las cesantías que debían consignarse al 15 de febrero de 2019 fueron pagadas hasta el 30 de mayo de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Heon Health On Line S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, adujo que eran parcialmente ciertos otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que no habría lugar a la aplicación de una sanción por pago extemporáneo de cesantías ni una indemnización moratoria por la demora en el pago de la liquidación de acreencias laborales, al validarse que las actuaciones de la empresa estaban enmarcadas en el principio de buena fe, pues pagó tan pronto se dispuso de recursos, teniendo la actora pleno conocimiento de la crisis económica que afrontaba la empresa. Propuso las excepciones de pago de lo debido y buena fe.

Heon Medical Solutions S.A.S, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, adujo que eran parcialmente ciertos otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que no sostuvo contrato con la demandante ni esta prestó sus servicios a la empresa y precisó que si bien realizó la dispersión a varios terceros, en virtud de un encargo administrativo que tiene con Heon Health On Line S.A., quien realmente pagaba era tal empresa pues era a quien pertenecían los recursos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, pago de lo debido por el titular de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de diciembre de 2021, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada Heon Health Online SA a pagar en favor de la demandante, señora Dolly Faisuly Garzón Bohórquez las siguientes sumas de dinero por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y por la no consignación de las cesantías conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 inciso tercero acorde a las motivaciones precedentemente expuestas lo siguiente:

A. La suma de veintiocho millones doscientos mil pesos (\$28'200.000) por concepto de indemnización del artículo 65.

B. La suma de quince millones setecientos cincuenta mil pesos (\$15'750.000) por concepto de indemnización de la ley 50 de 1990.

TERCERO (SIC): ABSOLVER a la demandada Heon Health On Line S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada HEON MEDICAL SOLUTIONS S.A.S. de todas las pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de pago de lo debido invocada por la demandada Heon Health Online.

SEXTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva invocada por Heon Medical Solutions, relevándose el

despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos invocados dadas las resultas del caso.

SÉPTIMO: COSTAS *en esta instancia a cargo de la parte demandada Heon Health Online SA, liquídese por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de novecientos ocho mil quinientos veintiséis pesos (\$908.526)."*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que estaba acreditada la existencia de una relación laboral entre la actora y la empresa Heon Health On Line S.A mediante un contrato de trabajo que estuvo vigente dentro del periodo comprendido entre el 25 de julio de 2016 y el 30 de diciembre de 2019, en el cual la señora Dolly Faizuly Garzón se desempeñó como analista de desarrollo y devengó como ultimo la salario la suma de \$4.500.000, así como que la liquidación de prestaciones sociales reclamada había sido cancelada por la demandada como lo confesó la demandante en su interrogatorio de parte y se colegia de la documental que se allegó por la demandada ante requerimiento del despacho, de donde se extractaba que el pago se realizó el 9 de julio de 2020.

En cuanto a la indemnización por no consignación de cesantías, señaló que la obligación de la consignación de cesantías del año 2018, solo se cumplió hasta el 30 de mayo de 2019, razón por la que ordenó el pago de la indemnización entre el 15/02/2019 – 30/05/2019, por valor de \$15.750.000 y tratándose de la indemnización moratoria por no pago de salario y prestaciones sociales a la finalización del contrato, aludió que dado que no se cancelaron las prestaciones a la finalización del contrato y no encontraba justificación para la mora que pudiera ubicar a la demandada en el terreno de la buena fe, dado que la crisis financiera sufrida por la empresa

no podía ser trasladada a la actora conforme lo establecía el C.S.T. y variada jurisprudencia, ordenando así el pago de la indemnización por el periodo comprendido entre el 31/12/2019 – 09/07/2020 (fecha ultima en que se pagó la liquidación), por valor de \$28.200.000.

Finalmente, respecto a la solidaridad pretendida adujo que debía tenerse en cuenta la existencia del contrato de encargo administrativo celebrado entre Heon Health On line y Heon Medical Solutions, cuyo objeto consistía en la realización de pagos, los cuales debía realizar Heon Medical por orden de Heon Health Online, dentro de estos pagos, se encontraba el cancelado a la demandante por concepto de salario sin que por esta razón se entendiera que la actora prestara servicios para la sociedad Heon Medical Solutions, además que los objetos de ambas empresas eran diferentes, por lo que no se cumplían a cabalidad los requisitos exigidos para que operara la solidaridad contemplada en el art. 34 del C.S.T.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora**, señaló que no estaba de acuerdo con la decisión por cuanto el pago de la liquidación se allegó por requerimiento efectuado por la juez y en todo caso el mismo no equivalía a liquidación de las acreencias laborales, siendo en esa medida arbitrario en tanto que para

hacerse efectivo debió haber reunido con la actora y haberse liquidado de común acuerdo considerando que conforme al régimen de las obligaciones primero se pagaban intereses y luego capital, además que el pago se efectuó a espaldas de la demandante y en todo caso debió haberse realizado mediante pago por consignación, igualmente, señaló que el pago de las cesantías conforme a lo dispuesto en el artículo 99 de la L.50/1990, debió hacerse hasta el cumplimiento de la obligación y que en cuanto a la solidaridad debieron ser las empresas demandadas a quienes les correspondía probar que la labor que desempeñó la señora Dolly Garzón no estuvo directamente vinculada con la sociedad Heon Medical Solutions.

El **apoderado de Heon Health On Line S.A**, solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto el actuar de la compañía no busco defraudar en modo alguno a la actora ya que siempre busco responder por las obligaciones incluso le propuso a la misma suscribir un acuerdo de pago conforme a la proyección de recursos que tenía la empresa pero ello en su momento no fue aceptado además aludió que se trató de una situación generalizada en la compañía ante la crisis económica y no exclusiva respecto a la actora, debiéndose tener en cuenta que las actuaciones de la empresa siempre estuvieron enmarcadas en la buena fe, razones por las cuales debían revocarse las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable el pago realizado de las acreencias laborales por la demandada, si eran procedentes las indemnizaciones moratorias ordenadas y la solidaridad pretendida respecto de la empresa Heon Medical Solutions S.A.S.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre la señora Dolly Faizuly Garzón Bohórquez y la empresa Heon Health On Line S.A, existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente entre el 25 de julio de 2016 y el 30 de diciembre de 2019, para desempeñarse como analista de desarrollo; ii) que el último salario que devengó la actora ascendió a \$4.500.000; iii) que las cesantías del año 2018, se consignaron hasta el 30 de mayo de 2019 y iv) que la empresa demandada canceló la liquidación de salarios y prestaciones sociales por valor de \$8.386.500 hasta el 9 de julio de 2020.

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que en la demanda lo que se reclamó fue el pago de la liquidación de prestaciones sociales dispuesta por el empleador a la terminación del contrato y este fue el pago que se acreditó por la demandada Heon Health On Line S.A, con el soporte que allegó ante el requerimiento efectuado por el juzgado (ver. archivo 12 del expediente digital), asimismo y en lo que respecta a que en este asunto debió haberse efectuado pago por consignación, se precisa que tal depósito se utiliza cuando el acreedor no quiere recibir el pago o se desconoce el paradero

del mismo, situación que no acaeció en este asunto, pues por el contrario la actora en el interrogatorio aceptó que recibió el pago de la misma y en cuanto a que debieron considerarse intereses y no solo el capital, conviene recordar que las normas laborales no prevén la causación de los mismos, en su lugar contemplan la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales que es más favorable que aquellos y que procederá siempre y cuando se advierta mala fe del empleador en el no pago o pago deficitario de salarios y prestaciones sociales, razones por las cuales al encontrarse acreditado el pago reclamado, se confirmara la decisión en este punto.

Tratándose de las indemnizaciones moratorias por no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato y por no consignación de cesantías a un fondo, debe puntualizarse que nuestro máximo órgano de cierre en diversas oportunidades ha señalado que éstas no son automáticas pues para su aplicación se debe analizar si la conducta desplegada por el demandado estuvo acompañada o no de buena fe.

Así las cosas y previo a valorar si la conducta estuvo revestida de buena fe o no, lo primero que debe señalarse es que la crisis económica per se no justifica las omisiones del empleador ni permiten descartar su mala fe, tal y como se ha señalado entre otras en las sentencias SL-1885-2021.

De igual forma, debe tenerse presente que el artículo 28 del C.S.T. establece que *“El trabajador puede participar de las*

utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”, lo que apunta a que debe estar preparado para el manejo de crisis económicas y ser diligente ante las mismas a efectos de evitar que ello pueda acarrear consecuencias para sus trabajadores.

Precisado lo anterior, se tiene que la demandada Heon Health On Line S.A., junto con la contestación de la demanda, allegó estados financieros, estados de resultados, estados en el cambio de patrimonio, estados de flujo de efectivo, del periodo 2017 – 2018 – 2019, en los cuales se aprecia un deterioro en las finanzas desde el año 2018, al punto que para el 31 de diciembre de 2019, el contador de la empresa aludida certificó que para tal data se presentaba una pérdida acumulada de \$8.394.186.942, aspecto que iría en contravía de lo que un empleador diligente debe hacer para el manejo de las crisis económicas, pues en estos eventos se debe optar por reestructuraciones a efectos de mantener el personal que efectivamente pudiera soportar determinado con anterioridad las obligaciones laborales que estaba en capacidad de asumir conforme a los recursos disponibles, razones por las cuales a juicio de esta sala no es factible establecer buena fe.

En cuanto al reparo presentado respecto de la causación de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, se tiene que las cesantías reclamadas fueron las causadas al 15 de febrero de 2019, es decir, que el reclamo gira en torno a la consignación de las cesantías del año 2018, advirtiéndose conforme a las documentales allegadas al proceso que la consignación de las mismas se produjo el 30 de mayo de 2019

(ver archivo 14 del expediente digital), en consecuencia y dado que tal indemnización en los términos establecidos en el inciso 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contempla que se deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, al haberse cumplido con la obligación el 30 de mayo de 2019, se tiene que hasta allí se causaba tal indemnización como se determinó por el aquo, debiéndose recordar que las cesantías del año 2019, debían pagarse con la liquidación del contrato pues no había surgido la obligación de consignarlas y por tanto su retraso en el pago se enmarcaba en la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la solidaridad de Heon Medical Solutions S.A.S., con fundamento en lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T. se tiene que las pruebas allegadas y practicadas no es factible establecer que tal empresa fuera la beneficiaria del servicio prestado por la actora, ni que tal labor hiciera parte de sus actividades normales conforme se desprende de los objetos u razones sociales de cada una de las empresas demandadas, nótese que el objeto de Health On Line S.A., gira en torno a actividades relacionadas con el diseño, desarrollo, consultoría, capacitación, comercialización e implementación de toda clase de software para terceros así como la prestación de toda clase de servicios relacionados con el área de tecnologías de la información y la comunicación mientras que el de Heon Medical Solutions S.A.S., gira en torno a brindar asesoría integral en soluciones de interventoría de salud, así como la prestación de servicios de auditoría integral, concurrente, de gestión de riesgo retrospectiva y en general

todos aquellos servicios que deriven de la auditoría de procesos médicos.

De igual forma, no puede pasar desapercibido que se alude en la demanda que quien cancelaba el salario de la actora era la empresa Heon Medical Solutions S.A.S., aportándose en sustento los certificados expedidos por Davivienda que dan cuenta de las transferencias realizadas por tal empresa a la cuenta de ahorros de la actora en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2019 y del mes de febrero de 2020, que coinciden con el valor de los comprobantes de nómina expedidos por Heon Medical Solutions S.A.S., aludiéndose ante ello en la contestación de la empresa Heon Medical Solutions que realizó la dispersión a varios terceros, en virtud de un encargo administrativo que tiene con Heon Health On Line S.A., situación que en gracia de discusión no desvirtúa la condición de empleadora de la empresa Heon Health On Line S.A.

En todo caso, debe tenerse presente que acuerdo con lo establecido en el artículo 194 del C.S.T., “Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.”, no obstante, es claro que las empresas demandadas no ejecutan actividades similares, conexas o complementarias.

Por lo anterior, no es factible endilgar la solidaridad reclamada o imputar el pago de las condenas a la empresa Heon Medical Solutions S.A.S.

Bajo las anteriores consideraciones se confirmará la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Heon Health On Line S.A.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de diciembre de 2021, conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada Heon Health On Line S.A.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO CLARA MARIA SANCHEZ SANCHEZ
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 012 2022 00204 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de julio de 2023.

En esta instancia los apoderados de la parte demandante y Porvenir S.A., presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los respectivos bonos pensionales, calculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de noviembre de 1967; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 5 de octubre de 1992, cotizando un total de 768 .4 semanas; que en el mes de junio de 2009 se trasladó a Porvenir S.A.; sin que se le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 1,4, 25,48,53 de la Constitución Nacional, el artículo 3 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 15 del Decreto 656 de 1994,, el Decreto 720 de 1994, el artículo 21 de la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, el Decreto 2555 de 2010 y las sentencias de la Corte Suprema con radicados números 31389 de 2008, 68838 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP asesoró a al demandante en su decisión de trasladarse de régimen, por lo que su afiliación resulta valida. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho, imposibilidad jurídica, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se trasladó de régimen pensional una vez recibió información transparente y necesaria, lo que permitió compararla con el conocimiento que tenía del RPM. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de julio de 2023, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación por la señora CLARA MARIA SANCHEZ, identificada con C.C N° 51.877.257 del régimen de

prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A el 18 de mayo de 2009, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora CLARA MARIA SANCHEZ SANCHEZ al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLARA MARIA SANCHEZ SANCHEZ, 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 como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexado; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora CLARA MARIA SANCHEZ SANCHEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingrese los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para casa una.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado la obligación de los fondos privados de suministrar una información necesaria para efectos de que se tenga por válida la afiliación o traslado a los diferentes regímenes pensionales, señaló que las AFP no pueden sustentar que al momento de su creación no contaban con la obligación legal de informar, adicional a ello se establece que la carga de la prueba esta a cargo de la AFP de comprobar que no hubo irregularidad al momento de brindar la información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la entidad no ha actuado contrario a derecho, toda vez que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, resaltó que beneficiar a una persona que se encuentra próxima a pensionarse, teniendo en cuenta que lleva más

de 13 años sin aportar cotizaciones a la entidad, lo que afectaría a la sostenibilidad financiera del sistema pensional; resaltó que Colpensiones no tuvo ninguna injerencia alguna en la decisión de traslado de la actora.

El apoderado de Porvenir interpuso recurso de apelación en lo referente a la condena de retornar los dineros de manera indexada, al considerar que no fue una solicitud expresa que hiciera la demandante desde su libelo inicial; resaltó que la pérdida del poder adquisitivo no se llegó a probar, por lo contrario lo que se evidencian son rendimientos generados por la buena administración de la AFP.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de

información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 18 de mayo de 2009.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente

indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

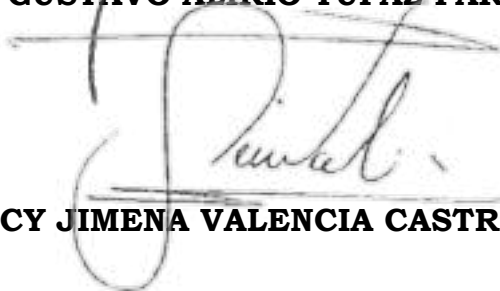
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BRAULIO
RAFAEL TORRES GARZON CONTRA FUNDACION
UNIVERSITARIA SAN MARTIN.**

RADICADO: 11001 3105 015 2012 00342 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de febrero de dos mil
veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de octubre de 2021, en donde se condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto debidamente indexada.

El apoderado de la demandada presentó recurso de apelación, con el objeto que se revocará la decisión dado que en este asunto había operado la prescripción considerando la fecha a partir de la cual se hizo exigible la obligación.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El actor formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de una relación laboral entre las partes durante el periodo comprendido entre el 9 de julio de 2001 y el 15 de mayo de 2009, así como que en este caso acaeció un despido indirecto, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto debidamente actualizada, a lo que resultare probado ultra y extra petita y al pago de las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que mediante fallo judicial proferido por el Juzgado 15 Laboral del Circuito, el 29 de octubre de 2010, se determinó que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 9 de julio de 2001 y el 15 de mayo de 2009; que el último salario que devengó ascendió a \$2.594.000 y que como la demandada no le pagó prestaciones sociales, vacaciones y aportes al SGSS, presentó renuncia motivada sin que se le cancelara lo correspondiente al retiro injustificado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 30 de mayo de 2013, se tuvo por no contestada la demanda de parte de la Fundación Universitaria San Martín, considerando que no se allegó escrito de contestación alguno.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de octubre de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada Fundación Universitaria San Martín a pagar al demandante señor Braulio Rafael Torres Garzón la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo en la suma de catorce millones cuatrocientos ochenta y nueve mil novecientos treinta y tres (\$14'489.933) la cual se pagará debidamente indexada desde el día dieciséis (16) de mayo del año dos mil nueve (2009) y hasta su momento efectivo de pago por la parte demandada conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia

SEGUNDO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por la parte demandada de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a dos (2) salarios mínimos legales vigentes para el año dos mil veintiuno (2021).”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que el trámite de notificación fue adelantado en debida forma y dentro del año subsiguiente a la admisión de la acción, acto seguido, y atendiendo lo expuesto en los artículos 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., puntualizó que como la terminación de la relación laboral ocurrió el 15 de mayo de 2009 y la demanda se había presentado el 15 de mayo de 2012, se advertía que la demanda se presentó el último día en

que podía radicarse para que no operara el fenómeno prescriptivo.

Acto seguido, analizó lo relacionado con el despido indirecto y la procedencia de la indemnización por despido injusto, encontrando acreditado el mismo con la carta de renuncia allegada y la confesión efectuada por el representante legal relativa a que al actor no se le pagaron conceptos tales como cesantías, primas y vacaciones, además que ello igualmente se colegía de lo establecido por el operador judicial en la sentencia de fecha 29 de octubre de 2010, proferida por el Juzgado 11 de descongestión adscrito al juzgado 15 laboral, razones por las cuales condenó al pago de la indemnización por despido injusto debidamente indexada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no compartía la posición del despacho al indicar que como la relación laboral culminó el 15 de mayo de 2009, el término prescriptivo comenzaba a correr a partir del día 16 de mayo de 2009, pues bastaba con leer el artículo 488 del C.S.T., para determinar que el término se contabilizaba de la siguiente manera *“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible (...)”*, destacando que en este caso el derecho se

hacía exigible en el momento en que el demandante presentó la carta de renuncia, lo que ocurrió el 11 de mayo de 2009 y aun en gracia de discusión como se indicó que la relación laboral finalizaba el 15 de mayo de 2009, el término trienal empezaba a correr desde tal fecha, por lo que la excepción de prescripción estaba llamada a prosperar pues la demanda se presentó a los 3 años y 1 día, razones por las cuales habría que revocarse la decisión.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable declarar probada la excepción de prescripción formulada por la Fundación Universitaria San Martín.

En primer lugar, debe indicarse que en este asunto no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 9 de julio de 2001 y el 15 de mayo de 2009 y ii) que el contrato finalizó por renuncia motivada presentada por el demandante en razón al no pago de prestaciones sociales y vacaciones, configurando un despido indirecto y generando derecho al pago de la indemnización por despido injusto, como que quiera que tales aspectos no fueron objeto de inconformidad por alguna de las partes.

Para resolver, resulta pertinente recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL5159-2020, señaló que la

prescripción encuentra justificación en razones de orden práctico que exigen que las relaciones jurídicas no permanezcan inciertas en el tiempo y sean solucionadas, así de acuerdo con lo establecido en los artículos 151 del CPTSS, 488 y 489 del CS.T., las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible, de manera que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, bastando el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador, para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.

En cuanto a la exigibilidad de la indemnización por despido injusto, la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL6361-2015, determinó que tal indemnización se causa al finalizar el contrato como se colige del siguiente aparte:

*“(...) es evidente que aplicó indebidamente los artículos 151 del Código Procesal y 488 del Sustantivo del Trabajo, puesto que para liquidar la indemnización por despido injusto tuvo en cuenta la prescripción, a pesar de que **la exigibilidad del derecho a la indemnización marca el comienzo del conteo de dicho fenómeno extintivo, siendo que el derecho sólo se causó al finalizar el contrato de suerte que desde allí, empezaron a correr los 3 años del término prescriptivo.**”* Subrayas y negrita fuera de texto.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo señalado en los artículos 59¹ y 62² del Régimen Político y Municipal, cuando se realice mención legal de “año(s)”, debe

¹ **ARTÍCULO 59.** Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderán que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas, pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal.

² **ARTÍCULO 62.** En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.

entenderse que el plazo o término concedido es del año calendario.

En ese orden de ideas y como quiera que en este asunto no existe discusión en que la relación laboral finalizó el 15 de mayo de 2009, y, toda vez que no fue allegado reclamo alguno por el actor ante la demandada, se tiene que en este caso la prescripción se interrumpió con la presentación de la demanda, lo que acaeció el 15 de mayo de 2012 (ver fl. 64 del expediente).

Así, en aplicación de lo expuesto en la normatividad y jurisprudencia citada se tiene que el conteo de los 3 años de que tratan los artículos 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., empezó a correr a partir del 15 de mayo de 2009, teniendo hasta el 15 de mayo de 2012 (para impetrar la acción), último día en que fue radicada la demanda, razones por las cuales no hay lugar a considerar que operó el fenómeno de la prescripción del derecho y por tanto se procedera a confirmar la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de Octubre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

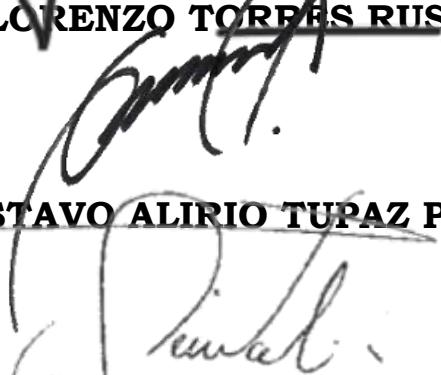
SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

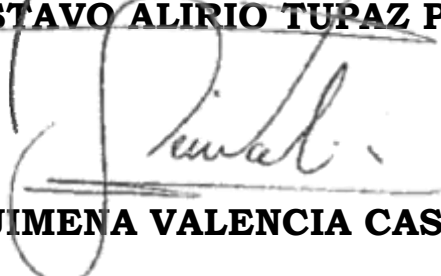
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SONIA VILLOTA SANCHEZ CONTRA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES.

RADICADO: 11001 3105 016 2021 00183 02

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

Llega el expediente al despacho para estudiar los recursos de apelación presentados por el apoderado de la ADRES contra: (i) el auto proferido el 16 de enero de 2023, en el que se declaró no probada la excepción previa propuesta de falta de jurisdicción y competencia¹ y (ii) la sentencia emitida el 10

¹ Excepción que fue propuesta por la ADRES con fundamento en que la Sala Plena de la C.S.J. en un caso similar en el que se debatían si los recobros demandados se encontraban excluidos o no del POS, remitió el asunto al conocimiento de la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

de marzo de 2023, mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios reclamados en la demanda.

En primer lugar, conviene recordar que la Corte Constitucional, determinó que corresponde a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social, conocer de las demandas: **(i)** presentadas por quienes alegan su condición de beneficiarios de la víctima, que falleció como consecuencia de un accidente de tránsito presuntamente ocasionado por un vehículo sin póliza de SOAT (A817-2022) o por un vehículo no identificado (A964-2023) y **(ii)** que pretenden reclamar ante la Subcuenta ECAT del FOSYGA (actualmente a cargo de la ADRES) la indemnización por muerte y gastos funerarios, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 2.4 del CPTSS, 12 de la Ley 270 de 1996 y 15 del CGP.

De la revisión del proceso y especialmente del escrito de demanda y de la contestación allegada, se advierte que la jurisdicción ordinaria laboral no es competente para conocer el asunto, según lo definió la Corte Constitucional en los autos antes mencionados, como quiera que la oposición de la ADRES se fundamentó en que *“(...) se evidencia que respecto de la víctima Audelina Sánchez y por el mismo accidente de tránsito ocurrido el 01-01-2016, fue reconocido servicios médicos con póliza de aseguramiento vigente at1309143177624 del vehículo de placas vzg97d vigente para la fecha de ocurrencia del accidente (...)”*, es decir, que la situación expuesta no se enmarca dentro de las situaciones

bajo las cuales se atribuyó competencia a esta especialidad, en la medida que en este asunto habría un vehículo identificado con póliza de aseguramiento vigente.

Nótese, además como el artículo 2.6.1.4.2.13. del Decreto 780 de 2016, establece que la indemnización por muerte y gastos funerarios (prestación que es la reclamada en este asunto) será cubierta por “ (...) a.) *La compañía de seguros cuando se trate de un accidente de tránsito en el que el vehículo involucrado esté amparado por una póliza de SOAT*”.

En este contexto, no nos encontramos frente a un juicio cuya competencia pudiera enmarcarse dentro de lo establecido en el numeral 2.4 del artículo 2 del C.P.T. y S.S., como se observa a continuación:

ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

(...)

4. <Numeral modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.

(...)”

Así las cosas, la controversia debe ser resuelta por los Jueces Civiles Municipales conforme se desprende de la expuesto en el artículo 17 y S.S. del C.G.P., siendo que se trataría de una acción de responsabilidad civil o un reconocimiento de perjuicios.

En ese orden y en aras de garantizar el derecho al debido proceso, particularmente el derecho a ser juzgado por el funcionario judicial a quien el ordenamiento jurídico previamente le ha atribuido competencia “juez natural” , a efectos de materializar el principio a la igualdad de conformidad con lo reglado en los artículos 16 y 138 del C.G.P., se decretará la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la demanda, emitido el 29 de junio de 2021, para que en su lugar se disponga la remisión del expediente a los Jueces Civiles Municipales para su conocimiento.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO a partir de la providencia expedida el 29 de junio de 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: DECLARAR LA FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA para conocer del presente proceso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO LUIS ADUARDO RIETO AMEZQUITA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 016 2021 00205 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Horizonte hoy Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos los rendimientos que se

hubieren causado; así como también el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 12 de marzo de 1959, se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 1 de junio de 1977, cotizando un total de 714,43 semanas; que se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 29 de noviembre de 1999; sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, el artículo 1515 del Código Civil, el Decreto 720 de 1994, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 del 2011, 31989 de 2008, 31314 de 2008, 68838 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se cumplió con los deberes de información, en virtud de que se asesoró de manera, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen se hizo de manera libre y voluntaria de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 literal b de la ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación de pagar pensión de vejez, inexistencia de la obligación de traslado entre regímenes pensionales, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de junio de 2023, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizare el demandante señor LUIS EDUARDO PRIETO AMÉZQUITA identificado con cedula de ciudadanía N° 11.338.825, que tuvo lugar el día 29 de noviembre del año 1999 por ante la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., debido a la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluyendo todos los valores correspondientes a capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y en general, todo valor recibido como integrante de las cotizaciones que fueron efectuadas en favor de la parte actora en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, sumando a las semanas que cotizó en el instituto de seguros sociales, todas y cada una de las acreditadas como cotizaciones en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones que no fueron acogidas en esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a las demandadas, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo los valores de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV) a cargo de PORVENIR S.A., y Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV) a cargo de COLPENSIONES, por concepto de las agencias en derecho y en favor de la parte actora.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que son la administradoras las que tienen el deber de garantizar cuando es un traslado de régimen pensional que el afiliado estuvo frente a una decisión informada, verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable al punto que hubiese podido identificar los riesgos que implicaba dicho acto y a su vez los beneficios que obtendría.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar en su totalidad la sentencia de instancia, al considerar que la condena en costas no resulta procedente, en virtud de que la entidad no actuó de mala fe con el demandante ni lo indujo a error, ya que los funcionarios de Colpensiones en ese momento resolvieron todas las

inquietudes que pudo tener el actor; por otro lado, resaltó que se debe tener en cuenta la prohibición legal de traslado en el que se encuentra inmerso el demandante.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 29 de noviembre de 1999.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

No obstante, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia a fin de establecer que los dineros a trasladar por parte de la AFP se deberán pagar debidamente indexados, esto de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL2173-2022.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de

conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de junio de 2023, en el sentido **ORDENAR** que los valores a trasladar por parte de Porvenir S.A., deberán pagarse debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en consulta en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO EDGAR ALBERTO MEDINA CUADROS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 018 2020 00437 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las demandadas presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales

de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 5 de septiembre de 1958; que empezó su vida laboral el 13 de octubre de 1983 con el Ministerio de Educación; que en dicha calenda al Instituto de los Seguros Sociales; que se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., el día 28 de marzo de 2003; sin que dicho fondo le hubiera proporcionado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, los artículos 2,4,5,13,48,53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 1,11 y 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508 y 1510 del Código Civil, las sentencias de la Corte Constitucional con radicados T- 818 de 2007 y T-398 de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante en el año 2003, se efectuó de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños después de haber sido amplia y oportunamente informado, sobre el funcionamiento del RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no se allega en el plenario prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP, que hubiesen generado un vicio en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de junio de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del señor EDGAR ALBERTO MEDINA CUADROS, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 6.793.075, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 28 de marzo de 2003, con fecha de efectividad 01 de mayo del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor EDGAR ALBERTO MEDINA CUADROS, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 6.793.075, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante señor EDGAR ALBERTO MEDINA CUADROS, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 6.793.075, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 13 de octubre de 1983, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (\$ 1.500.000) y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la sentencia SL1421 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la cual se indicó que la decisión libre y voluntaria, que acompaña el acto de traslado de régimen pensional no se limita simplemente a la manifestación de la voluntad dado que debe ser ajustada a los parámetros de la libertad informada, no basta diligenciar un formato ni

adherirse a una clausula genérica; lo importante es haber tenido los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión sobre los regímenes pensionales existentes, derecho que posee un afiliado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que el demandante guardo silencio por más de 16 años hasta la reclamación administrativa; refirió que conforme al interrogatorio de parte se tiene que el actor efectuó el traslado de manera libre y voluntaria sin que existiera coacción, estuvo de acuerdo con la decisión, por lo que hay falta de diligencia y cuidado como consumidora financiera, sin que pueda recaer la responsabilidad exclusiva en las demandadas, sin que se evidencie afectación de algún derecho adquirido para retornar al RPM.

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de instancia, al considerar que no existe una obligación de devolver dichos emolumentos, en virtud de que es una obligación de tracto sucesivo, por lo que son dineros que no entran a financiar la pensión de vejez del demandante; resaltó que dicha devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, ya que se trasladarían dineros los cuales no administro por más de 20 años; por otro lado, refirió que frente la indexación los dineros ya se encuentran actualizadas monetariamente, por lo que dicha orden generaría una doble condena en contra de la AFP, esto de conformidad con pronunciamiento del Tribunal Superior de Cali.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de

2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 28 de marzo de 2003.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación

Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de junio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

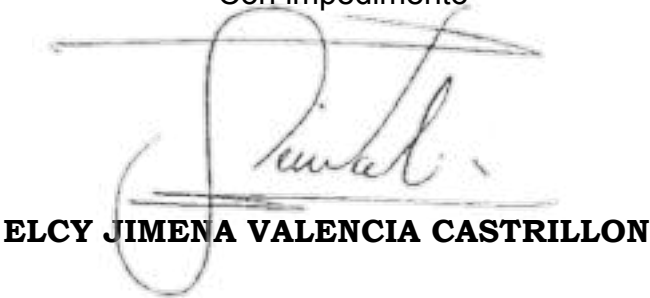
Los Magistrados,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA
Con impedimento


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MARTHA LUCIA JARAMILLO DE SANCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 018 2021 00473 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales desde agosto de 1979; que se trasladó a Porvenir S.A., con fecha de efectividad diciembre de 2001; que al momento del referido traslado no fue asesorada o informada por parte del fondo privado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones.

Como fundamento normativo, el artículo 13, 64 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio, el Decreto 1049 de 2006, el Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011, el artículo 15 del Decreto 692 de 1994 y las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados 46292 de 2014, 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33803 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante el día 24 de octubre de 2001, estuvo precedido de información transparente y necesaria, lo que permitió comprarla con el conocimiento que tenía con el RPM. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, la demandante alega su propia negligencia en su beneficio, ratificación de los actos jurídicos y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos en la sentencia C-1024 de 2004. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente SL373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de junio de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora MARTHA LUCIA JARAMILLO DE SÁNCHEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 41.782.923, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., el día 24 de octubre de 2001 con fecha de efectividad 1 de diciembre del mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARTHA LUCIA JARAMILLO DE SÁNCHEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 41.782.923, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante señora MARTHA LUCIA JARAMILLO DE SÁNCHEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 41.782.923, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de 01 de agosto de 1979, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante la señora MARTHA LUCIA JARAMILLO DE SÁNCHEZ identificada con cédula de ciudadanía No. 41.782.923, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (\$ 1.500.000) y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la sentencia SL1421 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia Sala de

Casación Laboral, en la cual se indicó que la decisión libre y voluntaria, que acompaña el acto de traslado de régimen pensional no se limita simplemente a la manifestación de la voluntad dado que debe ser ajustada a los parámetros de la libertad informada, no basta diligenciar un formato ni adherirse a una clausula genérica; lo importante es haber tenido los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión sobre los regímenes pensionales existentes, derecho que posee un afiliado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la demandante guardó silencio por más de 20 años hasta la reclamación administrativa; refirió que conforme al interrogatorio de parte se tiene que la actora efectuó el traslado de manera libre y voluntaria sin que existiera coacción, estuvo de acuerdo con la decisión prueba de ello la firma de documento, por lo que hay falta de diligencia y cuidado como consumidora financiera, sin que pueda recaer la responsabilidad exclusiva en las demandadas, sin que se evidencie afectación de algún derecho adquirido para retornar al RPM.

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de instancia, al considerar que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autoriza a los fondos de pensiones a descontar gastos de administración y seguros previsionales; por otro lado señaló que los dineros a trasladar de conformidad con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, son el saldo de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros, sin que dichos emolumentos se encuentren destinados a financiar la pensión de vejez, ya que devolver dichos emolumentos constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; refirió que tampoco resulta procedente la indexación de los mismos esto de conformidad con pronunciamientos del Tribunal Superior Sala Laboral de Cali.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o

ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 24 de octubre de 2001.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de junio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

Esta decisión se notificará por edicto.

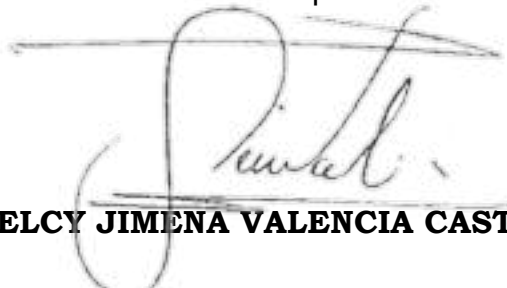
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA

Con impedimento



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO GUSTAVO RAFAEL LEMAITRE NOERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 028 2022 00001 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de agosto de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración actualización de su historia laboral, al igual que el bono pensional que haya lugar.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 24 de octubre de 1961; que estuvo afiliado al Instituto de Seguridad Social desde el 8 de marzo de 1989 hasta el 31 de octubre de 1996; que se traslado en el año 1999 a Porvenir S.A, sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera brindado la información clara completa y oportuna para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 13,48 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 11, 13,21,33, 34,113, 114, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, los articulo 2 y 74 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Decreto 720 de 1991, el articulo 11 del Decreto 692 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado efectuado por el demandante se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en virtud de que prefirió trasladarse al RAIS. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia afectación protección judicial, perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo el traslado efectuado por el demandante a través de la AFP es completamente válido por cuanto brindo información pertinente necesaria, teniéndose en cuenta que se encuentra inmerso en la prohibición legal. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de agosto de 2023, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor GUSTAVO RAFAEL LEMAITRE NOERO, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de marzo de 1999, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor GUSTAVO RAFAEL LEMAITRE NOERO identificado con C.C. 73.096.134, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.800.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

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

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que en lo referente a la devolución de los gastos de administración tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida por la AFP, que ya fueron destinados a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener la rentabilidad de dichos recursos y cuyos rendimientos fueron reconocidos al accionante, siendo pertinente descontar las restituciones mutuas, en caso de confirmar la decisión, toda vez que el no concederlo se generaría un enriquecimiento sin justa causa; por ultimo resaltó que no resulta procedente la indexación de los dineros.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la afiliación que realizó el demandante se efectuó de manera libre y voluntaria, el cual firmo el formulario de afiliación; teniendo en cuenta que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 21 de enero de 1999.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de agosto de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE JAVIER
BEJARANO GARAVITO CONTRA PERENCO OIL AND GAS
COLOMBIA LIMITED**

RADICADO: 11001 3105 029 2017 00038 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de febrero de dos mil
veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de mayo de 2018, en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Descongestión Laboral No.1, en providencia AL3430-2022.

En la sentencia de primera instancia, se determinó que entre las partes existió un vínculo laboral que estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2010 y el 2 de febrero de 2014 y se absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas.

El apoderado de la demandada presentó recurso de apelación, con el objeto que se modificara la decisión en cuanto al extremo final de la relación laboral (2 de febrero de 2024), pues a pesar que en este asunto se liquidaron las prestaciones sociales hasta el 2 de febrero de 2024, ello ocurrió porque el contrato finalizó un día viernes, de suerte que al haber trabajado la semana completa se le remuneró hasta el día dominical.

En audiencia adelantada por esta Corporación el 29 de enero de 2019, se resolvió el recurso de apelación formulado modificándose el numeral 1° de la decisión emitida en el entendido que el vínculo laboral estuvo vigente hasta el 31 de enero de 2014.

I. ANTECEDENTES

El actor formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las partes existió un contrato laboral que fue suscrito el 2 de julio de 1999 y debía declararse la nulidad parcial del acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo suscrita el 24 de enero de 2014, en razón a que no se tuvo en cuenta que reunía los requisitos para la obtención de la pensión de vejez, se descontó la retención en la fuente y se

presentaron vicios del consentimiento, en consecuencia, se condenara a la demandada a modificar el acta de terminación aludida y se ordenara el pago de salarios del mes de febrero de 2014 al mes de julio de 2014 y las demás prestaciones sociales generadas, junto con los intereses correspondientes, al pago de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., a la indexación de las sumas, el reintegro de los valores descontados por retención, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que a partir del 2 de junio de 1999, desempeñó funciones para la empresa Petrobras Colombia Limited, las cuales desplegó mediante diversas modalidades contractuales suscritas con varias empresas y cooperativas; que el último salario devengado ascendió a \$8.154.300; que en ejercicio de sus funciones cumplió los requisitos para obtener la pensión de vejez siéndole reconocido tal derecho mediante Resolución No. GNR 278350 del 6 de agosto de 2014; que el contrato finalizó de manera irregular, ya que se le hizo caer en error para que se retirara del cargo pese su proximidad a la pensión de vejez, teniendo que suplir su ausencia con la suma que recibió por la suscripción del acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo y que por tal razón no debió haberse aplicado la retención en la fuente contemplada en la terminación de los contratos sin justa causa (20%)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Perenco Oil And Gas Colombia Limited, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, adujo que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que entre las partes solamente existió un contrato de trabajo a partir del 2 de marzo de 2010, resultando equivocado pretender que fuera reconocido un contrato de trabajo con una fecha anterior dado que en periodos anteriores el actor estaba laborando con otros empleadores adicionalmente señaló que entre las partes se suscribió un acuerdo libre y voluntario, generando efectos a partir del 31 de enero de 2014, fecha en que se determinó por las partes que el contrato finalizaría por mutuo acuerdo, por lo que no había lugar a ningún pago adicional y en cuanto al reintegro de lo pretendido por retención en la fuente, se tenía que el artículo 9 del Decreto 400 de 1987, establecía tal obligación. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, cosa juzgada, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora e innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de mayo de 2018, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor demandante y la empresa demandada quien asumió pues las prestaciones de la empresa empleadora existió un vínculo laboral vigente entre el dos de marzo del dos mil diez y el dos de febrero del año dos mil catorce, devengando como último salario el salario integral.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada Perenco Oil and Gas Colombia Limited de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor José Javier Bejarano Garavito por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte actora fijando como agencias en derecho la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000).

CUARTO: De no ser apelada la presente sentencia consultarse con el honorable Tribunal superior de Bogotá.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que no se allegaron pruebas que permitieran establecer que la prestación aducida por el actor desde el año 1999 correspondía a un solo contrato de trabajo, en tanto que solo se allegó soporte documental que daba fe de los contratos celebrados con las diferentes empresas para las cuales laboró el señor José Javier Bejarano Garavito determinándose por tanto que el contrato que estuvo vigente con la demandada fue el suscrito el 2 de marzo de 2010.

En lo relacionado con la declaratoria de la nulidad del acta de transacción, se señaló que se estaba frente a una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, por lo que no resultaba aplicable lo establecido en la sentencia C-1037 de 2003 (en donde se analizó la exequibilidad del parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 “reconocimiento de pensión como justa causa de terminación del contrato”), igualmente, se indicó que la transacción no exigía ningún tipo de solemnidad y sería válida siempre y cuando no existiera ningún vicio del consentimiento ni se desconocieran derechos ciertos e indiscutibles, razones por las cuales al no advertir ninguna infracción al respecto absolvió a la demandada de las pretensiones restantes.

IV. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable determinar que entre las partes existió una relación laboral a partir del 2 de julio de 1999, así como, si era procedente declarar la nulidad del acta de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo suscrita el 24 de enero de 2024 y en caso afirmativo analizar los derechos reclamados derivados de ello.

Precisado lo anterior, debe indicarse que sobre la existencia de un contrato de trabajo, se deben considerar los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., pues estos contemplan la definición del contrato de trabajo, sus elementos y la presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo, de suerte que si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal contemplada en el artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que lejos de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica; entonces, si se presenta

discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

Descendiendo en el análisis y verificados los distintos certificados y contratos allegados al proceso se observa que el actor fue vinculado por las siguientes empresas y cooperativas para prestar servicios en los siguientes periodos y cargos:

Tipo documento	Folio	Empresa	Tiempo laborado		Cargo
			Inicio	Fin	
certificación	43	Manos de Bogotá LTDA	2/07/1999	30/06/2000	Bodeguero en misión en Petrobras (labor determinada)
certificación	51	KWS Servicios Integrados Ltda	17/07/2000 01/10/2000	30/09/2000 15/07/2001	Agente de compras Agente de Compras Nota: se registra que laboró con un contrato por labor determinada en Petrobras
certificación	137	Integra CTA	30/07/2001	29/07/2002	Agente de compras y materiales asignado al contrato Petrobras
certificación	43	Manos de Bogotá LTDA	22/08/2002 12/09/2003 04/10/2004 01/11/2005	21/08/2003 11/09/2004 03/10/2005 31/01/2006	Agente de compras Agente de ComprasPL Agente de Compras PL Agente de Compras PL Nota: registra como trabajador en misión para Petrobras Colombia
contrato de trabajo	157	Misión Temporal	1/02/2006	31/10/2006	Agente de compras PL para petrobras
contrato de trabajo	159 y ss.	Misión Temporal	27/11/2006	26/11/2007	Técnico en logística Tanspo en misión para Petrobras Colombia Limited
contrato de trabajo	178 y ss.	Serdan	17/12/2007	2/03/2010	Técnico contratos - compra material semisenior en petrobras
contrato de trabajo	7 y ss.	Petrobras Colombia Limited	2/03/2010	31/01/2014	Profesional de comercializacion y Logistica SSR.

Los anteriores documentos evidencian una prestación personal de los servicios del señor José Javier Bejarano Garavito como agente de compras o técnico en logística y/o compras en favor de Petrobras Colombia Limited hoy Perenco Oil And Gas Colombia Limited con anterioridad al contrato de trabajo que existió entre las partes, nótese como la labor contratada con todas y cada uno de las empresas y cooperativas debía ejecutarse en Petrobras lo que conllevaría a activar la presunción de la existencia del contrato de trabajo, correspondiendo a la demandada entrar a demostrar que no existió subordinación o que la misma se efectuó en forma temporal bajo amparo legal, como lo sería que la prestación se efectuara en los eventos contemplados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y Decreto 1707 de 1991.

Sin embargo, la demandada no efectuó mayor despliegue probatorio sobre el particular, dado que no se allegaron los contratos celebrados con las distintas empresas en virtud de los cuales el actor prestó sus servicios en Petrobras a efectos de establecer la razón o objetivo de tal prestación y el testimonio del señor Edilfonso Monroy Barrera, dio cuenta principalmente de las circunstancias que rodearon la terminación del contrato de trabajo suscrito el 02 de marzo de 2010.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que en este asunto salta a la vista la prestación sucesiva de los servicios del actor para la demandada con los diferentes contratos suscritos, por lo que se debe examinar si se configuró una unidad

contractual o si se perfeccionaron relaciones laborales diferentes, frente al tema conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL981-2019, señaló “(...) *cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral (...)*”, debiéndose en todo caso considerar que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas podría presentarse un cambio real en cuanto al objeto y condiciones del contrato (ver sentencia SL814-2018), lo que avalaría el surgimiento de una relación laboral distinta.

Al verificar los contratos y certificaciones emitidas, se observa que las interrupciones presentadas fueron de días y no hubo diferencias sustanciales en la labor desplegada a partir del 17 de julio de 2000, cuando el actor fue vinculado para desempeñarse como agente de compras, si bien con posterioridad, esto es, a partir del 27 de noviembre de 2006, se desempeñó como técnico en logística y luego el 17 de noviembre de 2007, como técnico contratos – compra, lo cierto es que el contrato de trabajo suscrito el 2 de marzo de 2010, tenía por objeto que el señor José Javier Bejarano se desempeñara como profesional de comercialización y logística, de lo que resulta claro que el actor desempeñaba actividades de compra y logística, lo anterior conduce a concluir que en este asunto se presentaron 2 contratos de trabajo entre las partes convocadas a juicio, el primero entre el 2 de julio de 1999 y el 30 de junio de 2000 y el segundo entre el 17 de julio

de 2000 y el 31 de enero de 2014, este último extremo bajo las consideraciones efectuadas en su momento por esta Corporación en la decisión adoptada el 29 de enero de 2019, razón por la cual habrá de modificarse el No. 1 de la decisión, en el entendido que en este asunto existieron 2 contratos de trabajo con los extremos mencionados.

Precisado lo anterior, en cuanto a la nulidad del acta de terminación del contrato por mutuo, se confirmará la decisión de primera instancia puesto que no se evidenció que la misma adoleciera de vicios del consentimiento en su suscripción o que sobre derechos ciertos o indiscutibles, como se explica a continuación.

Como documental relevante se allegó al expediente el acta de terminación del contrato suscrita entre las partes el 24 de enero de 2014, de la que resultan importantes los siguientes apartes:

“(…)

**ACTA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUTUO
ACUERDO**

Entre los suscritos, **Leonardo Fernando Rodríguez** en nombre y representación de la empresa **Perenco Colombia Limited** en calidad de **Gerente de Recursos Humanos** y **José Javier Bejarano** en su condición de **trabajador**, formalizamos mediante el presente escrito, el acuerdo al que hemos llegado sobre la terminación del contrato de trabajo actualmente vigente en tal sentido se manifiesta y acuerda lo siguiente:

1. El contrato de trabajo se inició el día 02 de marzo del año 2010.
2. En la actualidad el trabajador desempeña el cargo de **Supervisor de Transporte terrestre**, con un salario mensual de **OCHO MILLONES CINCO CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS MCTE (\$8.154.300)**.
En la fecha hemos convenido, terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo de conformidad con lo previsto en el artículo 61 numeral 1 (literal b) del C.S.T., a partir del día 31 de enero de 2014.
3. Con motivo de la terminación del contrato de trabajo, el trabajador recibirá además de sus acreencias laborales finales, la suma de **VEGICISETE MILLONES TRESCIENTOS VENTISIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$17.127.887)**, a título de suma de retiro por la terminación del contrato de trabajo, la que a su vez se tendrá como suma única para fraccionar cualquier diferencia laboral con motivo del mismo o imputable a cualquier derecho que se haga exigible en el futuro y que no haya sido previsto.
4. Las partes en la presente acta se declaran a **PAZ Y SALVO** en relación a las acreencias de carácter salarial.
5. La empresa se compromete a pagar la suma acordada en el numeral 3 dentro de los 15 días calendario siguientes a la terminación del contrato.

(...)”

Revisado el anterior documento, se observa que el mismo se suscribió con la finalidad de terminar el contrato por mutuo acuerdo entre las partes y de otorgar una bonificación a efectos de transar cualquier diferencia laboral, de lo que resulta claro que estamos ante un acta de terminación por mutuo acuerdo y transacción, para la que no se exige ninguna solemnidad como se ha señalado en diversas oportunidades por la C.S.J., S.C.L.

Adicionalmente y aunque se cimienta la nulidad en que se desconoció la situación pensional del actor, no puede pasarse por alto que en los mismos hechos de la demanda este aludió que estando en ejercicio de sus funciones cumplió los requisitos para obtener la pensión de vejez, razón por la cual no estaría bajo los supuestos de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado contemplados en la sentencia SU003 de 2018¹ y aunque así fuera esta protección aplica es tratándose de despidos y no de mutuo acuerdo.

Asimismo, debe tenerse presente que lo contemplado en el numeral 14 del literal A del artículo 62 del C.S.T. (Modif. art. 7 del Decreto 2351 de 1965), el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, lo señalado en la sentencia C-1037 de 2003 y lo dispuesto en el artículo 2.2.8.6.1. del Decreto 1833 de 2016, debe ser considerado al momento de invocar como justa causa

¹Trabajador del sector público o privado que le faltan menos de 3 años para consolidar los requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas - o tiempo de servicio- requerido en el régimen de prima media con prestación definida o el capital necesario en el régimen de ahorro individual con solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión».

el reconocimiento de la pensión, por lo que tampoco aplica tratándose de terminaciones por mutuo acuerdo.

Adicionalmente, de lo expuesto por el demandante en el interrogatorio de parte absuelto, se colige que el mismo tenía conocimiento del tipo de acto que estaba suscribiendo y sus consecuencias además adujo que en su momento el acta fue suscrita de manera voluntaria y consciente, agregando que firmó la misma en vista de que habló con el gerente de recursos humanos señor Leonardo Fernández, quien le indicó que Perenco estaba por llegar a tomar posesión de la empresa y dado que estaba a punto de cumplir los años para la pensión se le sugirió que recibiera el dinero antes que la nueva empresa hiciera posesión porque cuando llegara aquella simplemente iba a salir de la empresa.

Nótese además que en este asunto se allegó Resolución No. GNR 278350 del 6 de agosto de 2014, en la que se reconoció pensión mensual vitalicia de vejez al actor en cuantía de \$4.781.322 a partir del 3 de febrero de 2014.

Como se observa, en este caso no se presentó ninguno de los vicios planteados por la parte actora pues el señor José Javier Bejarano no se encontraba en estado de indefensión y en todo caso no existió ninguna coacción a la suscripción del acta, dado que una invitación o sugerencia a suscribir la misma no acarrearán en modo alguno tal connotación.

De igual forma, conviene recordar que la C.S.J., S.C.L, en providencias como la AL3608-2017, determinó que la

transacción resultaba válida cuando << i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.>>, aspectos que se cumplen en este asunto especialmente cuando las pruebas evidencian que las partes en contienda eran conocedoras de la situación pensional del actor y ello conllevó a la negociación entre estas de la suscripción del acta en comento, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión del a quo.

En lo que respecta al descuento efectuado por concepto de retención en la fuente debe tenerse en cuenta que esta debe aplicarse por quien realice pagos laborales cuando los ingresos superen la base de UVT señalada en el artículo 383 del Estatuto Tributario vigente para la fecha de suscripción del acta, por lo que no resulta infundado el pedimento efectuado por el actor respecto a su reintegro, dado que existe obligación legal sobre el particular.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia expedida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de mayo de 2018, en el entendido que entre las partes existieron 2 contratos de trabajo, el primero comprendido entre el 2 de julio de 1999 y el 30 de junio de 2000 y el segundo entre el 17 de julio de 2000 y el 31 de enero de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia expedida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de mayo de 2018.

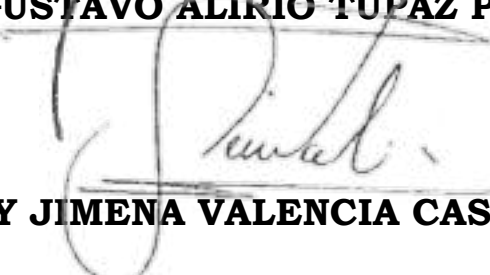
TERCERO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR VLADIMIR
PAVEL CARRILLO BOLAÑOS CONTRA LA NUEVA
TELEVISIÓN DEL SUR C.A. TV SUR C.A. SUCURSAL
BOGOTÁ COLOMBIA.**

RADICADO: 11001 3105 029 2019 00614 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de noviembre de 2021, en donde se declaro la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el periodo comprendido entre

el 1° de junio de 2006 al 30 de abril de 2017 y se condenó a la demandada a pagar aportes al SGSS en pensiones durante ciertos periodos y a reliquidar otros.

El recurso de apelación tiene por objeto que se acceda al pago de viáticos, trabajo en tiempo suplementario, pago y reliquidación de prestaciones sociales y de la indemnización moratoria

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido el cual estuvo vigente entre el 1° de junio de 2006 y el 30 de abril de 2017, en consecuencia, se condenara a la demandada a pagarle el trabajo en tiempo suplementario y de disponibilidad, viáticos no reembolsados por valor de 415 dólares, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al SGSS de toda la relación laboral, sanción moratoria por no afiliación a fondo de cesantías y no consignación de cesantías, sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, a la actualización de las sumas conforme al IPC, a los intereses moratorios, al pago de lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que fue contratado por la demandada para cumplir la labor de periodista corresponsal, la cual desarrolló bajo la continuada dependencia y subordinación de la demandada durante el periodo comprendido entre el 1° de

junio de 2006 y el 30 de abril de 2017; que tales labores las desarrolló a través de la suscripción de diversos contratos de prestación de servicios; que para cumplir con sus obligaciones debía prestar permanentemente disponibilidad siendo que debía acudir al lugar de la noticia en el momento en que se requiriera y estar atento al desarrollo de la misma sin importar el tiempo de la transmisión o si debía efectuarse en jornada nocturna o en domingos o festivos; que para cada cobertura se le entregaban viáticos para cubrir los costos del trabajo tales como transporte, hospedaje, alimentación y gastos de administración; que se le adeudaban 415 dólares por concepto de cubrimiento del terremoto que azotó Ecuador y que la demandada no lo afilió al fondo privado de cesantías, ARL ni caja de compensación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nueva Televisión del Sur C.A. Sucursal Bogotá Colombia, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la contestación radicó en que con el actor se suscribieron contratos de prestación de servicios civiles regidos por las normas civiles y comerciales pero no por normas laborales, destacando además que la actividad de periodista estaba enmarcada dentro del libre accionar del periodista para clasificar la noticia que considerara importante en donde la línea editorial era la única observación y orientación que se les daba a los periodistas para evitar contradicciones en el desarrollo de la información. Propuso las excepciones de

mérito que denominó: inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante Vladimir Pavel Carrillo Bolaños y la demandada la Nueva Televisión del Sur CA sucursal Bogotá existe un contrato de trabajo entre el primero (01) de junio de dos mil seis (2006) a treinta (30) de abril de dos mil diecisiete (2017).

SEGUNDO: CONDENAR a la Nueva Televisión del Sur CA sucursal Bogotá realizar los aportes al sistema de seguridad social integral en pensiones al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliado es demandante de la siguiente manera: para el año dos mil seis (2006) teniendo en cuenta un ingreso base de cotización de mil doscientos cincuenta dólares (1250), para el año dos mil siete (2007) un ingreso base de cotización de cuatrocientos treinta y tres mil setecientos (\$433.700), dos mil ocho (2008) cuatrocientos sesenta y un mil quinientos (\$461.500), dos mil quince (2015) cuatro millones ciento veintitrés mil cuatrocientos ochenta y tres pesos (\$4´.123.483) y dos mil dieciséis (2016) tres millones setecientos once mil ciento treinta y cinco pesos (\$3´711.135).

TERCERO: CONDENAR a la Nueva Televisión del Sur CA sucursal Bogotá realizar la reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social integral en pensión conforme al salario realmente devengado por lo que se debe pagar respecto de la diferencia como se indica a continuación para el año dos mil once (2011) sobre una diferencia de novecientos catorce mil pesos(\$914.000) para el año dos mil doce (2012) sobre una diferencia de un millón doscientos cuarenta y siete mil pesos (\$1´247.000), para el año dos mil trece (2013) una diferencia de un millón doscientos dieciocho mil pesos(\$1´.218.000), para el año dos mil diecisiete (2017) sobre una diferencia de dos millones doscientos veintiséis mil quinientos noventa pesos (\$2´226.590).

CUARTO: ABSOLVER a la Nueva Televisión del Sur CA sucursal Bogotá de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante Vladimir Pavel Carrillo Bolaños.

QUINTO: CONDENAR en costas a la Nueva Televisión del Sur CA sucursal Bogotá incluyéndose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1´000.000).

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probada la existencia de un vínculo laboral considerando los contratos allegados y especialmente lo confesado por el

representante legal de la demandada que mencionó que sin importar el tipo de denominación que se le diera al contrato siempre se le cancelaron al demandante las prestaciones sociales establecidas en la ley colombiana, acto seguido, analizó si se había efectuado el pago de prestaciones sociales y vacaciones, encontrando acreditado el pago de las mismas con las documentales allegadas y con lo confesado en el interrogatorio de parte expuesto por el actor.

En cuanto al trabajo en tiempo suplementario se señaló que no bastaba con afirmar que se había laborado en tal tiempo, sino que ello debía demostrarse plenamente en juicio dado que al juez no le era dable hacer suposiciones, respecto al incremento salarial mencionó que el mismo era obligatorio respecto de salarios equivalentes al SMMLV y frente a los viáticos se aludió que no se demostró que estos fueran permanentes o habituales y tampoco se cumplió con el requisito establecido en el numeral 2 del artículo 130 del C.S.T. puesto que no se especificaba el valor por manutención y alojamiento.

Finalmente, en cuanto a las indemnización moratoria, señaló que si bien en este caso se demostró la existencia de un vínculo laboral conforme al cual las cesantías debían consignarse a un fondo también lo era que al demandante se le cancelaron dichos rubros por lo que no evidenciaba que hubiese mala fe en ello por lo que no accedió al pago de la misma.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del actor presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con que no se hubiese accedido a todas las pretensiones condenatorias reclamadas siendo que si bien se efectuó un recuento de los pagos laborales allegados y luego con la confesión aplicada se generó la absolución, debía tenerse presente que los documentos allegados daban cuenta de un pago parcial de las prestaciones sociales, sin que por tanto se pudiera exonerar del pago de la totalidad de las prestaciones causadas, asimismo, enfatizó que el trabajador estaba relevado de demostrar el horario de trabajo, en tanto que la disponibilidad y la jornada laboral que observó el demandante fue plenamente aceptada por la demandada (hecho 28 de la contestación), confesión que permitía proferir condena en relación con el pago de las horas extras que se pudieran calcular sin ningún problema y de los dominicales y festivos que se entienden incorporados dentro de la jornada.

En cuanto a los viáticos, precisó que el actor no tenía acceso a toda la información contable de la empresa y por esa razón se pidieron como parte de las pruebas que debían ser entregadas por la parte demandada, en todo caso debía tenerse en cuenta que por el oficio desempeñado por el actor, su labor periodística y su permanente disponibilidad, evidenciaban que efectivamente el actor tenía que trasladarse de manera permanente y por tanto se generaba el pago de

viáticos lo que debía generar la reliquidación de prestaciones sociales.

Respecto de los viáticos por valor de 415 dólares que debieron ser reembolsados al trabajador, adujo que se alegó una circunstancia que no era viable para ser considerada en esta oportunidad, igualmente, mencionó que los comprobantes allegados daban cuenta de la realización de pagos parciales de cesantías dado que existía una destinación específica, en donde si el pago no se daba bajo tales parámetros se perdía el mismo, además destacó que la empresa no comprobó que hubiese hecho la afiliación a un fondo de cesantías y solamente pago algunos de estos periodos en un fondo, por lo tanto en este caso no podía presumirse el haber obrado de buena fe.

Asimismo, señaló que como en este asunto era procedente la reliquidación de las prestaciones sociales y aportes al SGSS por lo adeudado por disponibilidad y los viáticos y dado que habría lugar a revocarse la sentencia de manera parcial conforme a los puntos objeto de reparo también era viable el pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si era procedente el pago de trabajo

en tiempo suplementario, si los viáticos constituían salario, si se presentó un pago parcial de prestaciones sociales y si era viable el reconocimiento de las indemnizaciones moratorias reclamadas.

En primer lugar, debe indicarse que en este asunto no existe discusión respecto a que entre el señor Vladimir Pavel Carrillo Bolaños y la Nueva Televisión del Sur C.A. Sucursal Bogotá, existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2006 al 30 de abril de 2017, así como que la demandada adeuda el pago de aportes al SGSS en pensiones de ciertos periodos o debe efectuar el reajuste de otros.

De igual forma, es claro que al tratarse de una verdadera relación laboral resultarían exitosas las reclamaciones de los derechos que la legislación laboral contempla y por tanto se procede a analizar los puntos objeto de reparo.

Trabajo en tiempo suplementario

En en esa medida y por razones de técnica, se iniciará el análisis respecto al reclamo que se efectúa por concepto de trabajo en tiempo suplementario, sobre el particular conviene recordar que corresponde a la parte que reclama horas extra, dominicales o festivos no solo indicar los periodos concretos en los que estas se causaron (ya que no es factible realizar súplicas generales o abstractas), sino que además se debe acreditar que en efecto éstas fueron laboradas.

Sobre el particular, se tiene que la C.S.J., S.C.L, en a C.S.J., S.C.L., de vieja data ha establecido en sentencias como la SL9318-2016 que *“(...) para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.”*

Asimismo, la corporación mencionada ha indicado que *“Cuando el trabajador alega que trabajó en los días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado, porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa”* << Cas., 4septiembre 948, “G del T.”, t. III, p. 518; 18 marzo 1960, “G.J.” XCII, 677>>.

En ese orden de ideas y atendiendo los precedentes citados, se tiene que no resulta válido el argumento relacionado con que por razones de la disponibilidad del demandante era clara la causación del trabajo en tiempo suplementario, pues se exige la precisión de los días y horas laboradas ya que no es válido afirmar que todos los días era exactamente igual ni resulta factible que se realicen cálculos ni suposiciones por el juez, razones por las que se conformara la decisión en este aspecto.

Viáticos

En lo que atañe a los viáticos, conviene recordar las reglas establecidas en el artículo 130 del C.S.T. (modificado artículo 17 de la Ley 50 de 1990, en donde se señaló lo siguiente:

“ARTICULO 130. VIATICOS.

1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos. (Subrayas y negrita fuera de texto).

3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.”

Como se observa, para que los viáticos constituyan salario deben presentar las siguientes características: i) deben tener el carácter de permanentes y ii) su finalidad debe ser proporcionar manutención y alojamiento, adicionalmente, la norma exige que debe existir claridad y especificidad en el valor de cada uno de los conceptos que se reconozcan.

En ese orden, verificados los soportes allegados, se tiene que de los mismos no es factible establecer o el objeto o razón por la que se suministran o el concepto que reconoce o el beneficiario de los mismos, ni es posible colegir que fueran permanente, razones que impiden determinar que los viáticos reconocidos se enmarquen dentro de los que constituyen salario.

De igual forma, respecto del valor de los viáticos que se aduce se le adeudaban al actor por concepto de 415 dólares y que no le fueron pagados, se observa que si bien se allegó solicitud de reembolso de fecha 2 de mayo de 2017, de lo consignado en tal comunicación se desprende que fue un gasto asociado a un servicio de transporte cuya legalización se envió a la señora Gladys Navarro, no obstante, en la declaración rendida por la mencionada señora esta adujo que aunque en ese caso el valor de transporte doblaba el valor que se aprobaba por transporte se había avalado siempre y cuando se allegara el respectivo soporte y que como este no fue aportado tal valor no fue reintegrado, en consecuencia y dado que ello no quedo acreditado se confirmara la decisión del aquo.

Prestaciones sociales

El reparo en este aspecto gira en torno a señalar que no se acreditó el pago completo de prestaciones sociales y vacaciones por la demandada y pese a ello se absolvió a la demandada, sin embargo, verificadas las pruebas allegadas y practicadas se advierte que fue allegado diverso soporte documental que da cuenta del pago de prestaciones sociales y vacaciones, también se cuenta con una confesión judicial efectuada por el demandante al momento de absolver el interrogatorio de parte formulado de oficio por el juzgado en donde el actor reconoció tácitamente que la demandada le efectuó el pago prestaciones sociales y vacaciones, advirtiéndose que sus inconformidades giran en torno a no haberse tenido en cuenta los viáticos, no habersele efectuado

incremento salarial y lo relacionado con inconstancias en los pagos de aportes al SGSS, confesión que cumple con los criterios establecidos por nuestro órgano de cierre en sentencias como la SL439-2021, a efectos de otorgarles fuerza probatoria, que corresponden a los siguientes:

“(...) (i) el confesante debe tener capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho confesado; (ii) debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante; (iii) recaer sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; (iv) debe ser expresa, consciente y libre, y (v) referirse a hechos personales del confesante o de los cuales tenga conocimiento. (SL4030 de 2019).”.

De igual forma, se tiene que en las declaraciones rendidas por los testigos señores Jorge Enrique Botero Lince (comunicador social y afirmó ser compañero del demandante y directivo en la demandada cuando tuvo la misión de fundar el canal Telesur 2006 -2007 y luego cuando regreso en el 2011 al canal) y Gladys Navarro Rodríguez (contadora en la demandada desde el año 2008 y encargada de hacer las liquidaciones de todo el personal), los mismos dieron cuenta que se efectuaba el pago de las prestaciones sociales al actor.

En esa medida, efectuada una valoración en conjunto de las pruebas referidas, se tiene que las mismas conducen a encontrar acreditado el pago de las prestaciones sociales y vacaciones reclamadas por el actor, por lo que se confirmara la decisión del a quo en este punto y también en lo relacionado respecto a la absolución de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del C.S.T., pues no se evidenció que se adeudara alguno de estos conceptos al actor.

Indemnización moratoria por no consignación de cesantías

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, conviene recordar que tal indemnización se causa precisamente es por la no consignación de las mismas a un fondo, ya que por disposición legal estas no pueden ser entregadas al trabajador, siendo un criterio pacífico que para la procedencia de las indemnizaciones moratorias el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si existió buena o mala fe en tal omisión, ya que solo ante este último resulta procedente.

En esa medida, revisado el caudal probatorio allegado y teniendo en cuenta que en este asunto se intentó encubrir la existencia de una verdadera relación laboral, dado que no puede endilgarse otra intencionalidad al celebrar los diferentes contratos suscritos y en todo caso reconocer el pago de prestaciones sociales (pese a que varias de las vinculaciones obedecían a contratos de prestación de servicios), es claro que tal situación otorgaba una falsa percepción de contar con todas las garantías de una relación laboral, no obstante, iría en detrimento del trabajador al desconocer aspectos como la antigüedad, entre otras situaciones relevantes, sin que de ello a juicio de esta sala pueda predicarse buena fe.

Acto seguido y en forma previa a efectuar la liquidación correspondiente, se analizaron las excepciones propuestas sin

que se advirtiera la presentación de alguna relacionada con prescripción, no obstante, considerando lo expuesto por la recurrente en cuanto afirmo que solo respecto de algunos pagos se efectuó consignación en un fondo de cesantías, luego de analizados los soportes allegados se advierte que en el expediente obran comprobantes de consignación de cesantías de los años 2008 y 2009 en Porvenir S.A. y se mencionó por la testigo Gladys Navarro, que la demandada efectuó consignación de las cesantías ante el fondo en el primer periodo luego de constituida la empresa puede concluirse que en el caso concreto solo se efectuó consignación de cesantías hasta el año 2009 y de ahí en adelante su pago se realizó al trabajador.

En ese medida y dado que la exigibilidad de la sanción moratoria por no consignación de cesantías se causa al 15 de febrero del año siguiente en que se omitió consignar, se procederá a efectuar la liquidación correspondiente teniendo en cuenta para ello los salarios establecidos por el a quo al momento de ordenar los pagos y/o reajustes de los aportes al SGSS, no obstante, como en la decisión de primera instancia no se hizo alusión al salario de actor respecto de los años 2010 y 2014, para tales efectos se tendrá en cuenta el salario estipulado en la liquidación de prestaciones sociales allegadas para cada año, así: 2010 (\$3.740.000) y 2014 (\$3.818.040).

AÑO	SALARIO	CAUSACIÓN INDEMNIZACIÓN		VALOR
		Inicio	Fin	
2010	\$ 3.740.000,00	15/02/2011	14/02/2012	\$ 44.880.000,00
2011	\$ 3.740.000,00	15/02/2012	14/02/2013	\$ 44.880.000,00
2012	\$ 3.740.000,00	15/02/2013	14/02/2014	\$ 44.880.000,00
2013	\$ 4.958.243,00	15/02/2014	14/02/2015	\$ 59.498.916,00
2014	\$ 3.818.040,00	15/02/2015	14/02/2016	\$ 45.816.480,00
2015	\$ 4.123.483,00	15/02/2016	14/02/2017	\$ 49.481.796,00
2016	\$ 3.711.135,00	15/02/2017	30/04/2017	\$ 9.401.542,00
2017	N/A	N/A	N/A	0
TOTAL				\$ 298.838.734,00

Por lo anterior, se procederá a revocar el numeral 4° de la decisión, en el entendido de condenar a la demandada a pagar la suma de **\$298.838.734**, por concepto de indemnización moratoria por no consignación de cesantías.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de noviembre de 2021, para en su lugar, **CONDENAR** a la empresa demandada **LA NUEVA TELEVISIÓN DEL SUR C.S. SUCURSAL BOGOTÁ**, a pagar en favor del demandante señor **VLADIMIR PAVEL CARRILLO BOLAÑOS**, la indemnización moratoria por no consignación

de cesantías en la suma de \$298.838.734, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO LUZ IMELDA VILLAMIL RODRIGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 031 2023 00043 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de agosto de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiese recibido, con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, o deterioros por la merma en el capital, incluso los gastos de administración en que hubiera incurrido.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 21 de abril de 1961; que tiene cotizadas un total de 1323 semanas; que cotizó al Régimen de Prima Medica con Prestación Definida entre febrero de 1989 a 1997; que se trasladó a Porvenir S.A., a partir de junio de 1997; sin que se le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional. Como fundamento normativo, los artículos 16,61, 64 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1494 y 1502 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicado 46292 de 2014, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a Porvenir es nula teniendo en cuenta que cumple con los presupuestos legales para su existencia. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte accionante se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de agosto de 2023, el Juzgado Cuarenta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora LUZ IMELDA VILLAMIL RODRÍGUEZ hizo del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PORVENIR S.A., el 3 DE ABRIL DE 1997, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que haya recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ IMELDA VILLAMIL RODRÍGUEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reactivar la afiliación de la señora LUZ IMELDA VILLAMIL RODRÍGUEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir los valores provenientes de la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

QUINTO: CONDENAR a las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al pago de las costas del presente proceso, dentro de las que deberá incluirse una suma equivalente a 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas.

SEXTO: Si no fuere apelada la presente decisión, CONSÚLTESE con el Superior.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias con radicado 33083 de 2011, 31989 de 2008, 1421 y 1452 de 2019, en las que ha señalado que, si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia de la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a esta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, toda vez que se invierte la carga de la prueba-

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que debe tenerse en cuenta la inversión de la carga de la prueba, toda vez que esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP, en atención de que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender lo que estaba firmando, sin que se pueda considerar como parte débil en este proceso; resaltó que todas las actuaciones realizadas por

la entidad se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de no trasladar a la actora se basa exclusivamente en cumplimiento del deber legal contenido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 3 de abril de 1997.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

No obstante, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia a fin de establecer que los dineros a trasladar por parte de la AFP se deberán pagar debidamente indexados, esto de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL2173-2022.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de agosto de 2023, en el sentido **ORDENAR** que los valores a trasladar por parte de Porvenir S.A., deberán pagarse debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en consulta en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

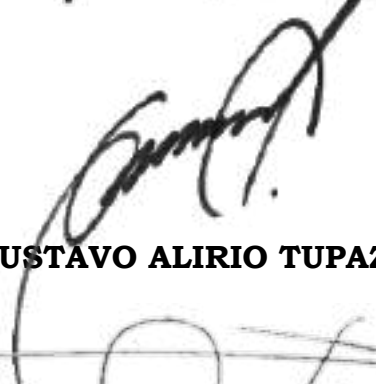
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO CLAUDIA RUBI FIERRO VELASQUEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 033 2021 00027 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de Colfondos y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de julio de 2023.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones el valor de saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, así como también reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que ha prestado sus servicios como empleada de varias empresas privadas y públicas del país desde el 21 de febrero de 1985; que estuvo vinculada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que se trasladó a Colfondos S.A., el día 16 de julio de

1999; que los asesores de dicho fondo privado no le dieron una información consistente, veraz y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen.

Como fundamento normativo, los artículos 11, 12 y 271 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 3486 de 1982, la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1480 de 2011, el Decreto 692 de 1994, los artículos 72 y 76 del Código Sustantivo del Trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación. Falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de julio de 2023, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada POR la

señora CLAUDIA RUBI FIERRO VELASQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 20.713.991 afiliado el 16 DE JULIO DE 1999 a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que CLAUDIA RUBI FIERRO VELASQUEZ, actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de CLAUDIA RUBI FIERRO VELASQUEZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de CLAUDIA RUBI FIERRO VELASQUEZ, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEXTO: CONMINAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior

SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (3) SMLMV a cargo de COLFONDOS S.A. y UN (1) S.M.L.M.V a cargo de COLPENSIONES y en favor de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colfondos interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo referente a la condena de trasladar cuotas de administración, los seguros previsionales, el porcentaje destinado para el fondo de la garantía de pensión mínima debidamente indexado, al considerar que respecto los gastos de administración no tienen una razón jurídica de trasladarse, pues hay que tenerse en cuenta que si bien dichos actos se declaran ineficaces la afiliación supera los 20 años y mientras estuvo válida la afiliación, la realidad es que se produjo unos efectos jurídicos válidos hasta el día de hoy, las administradoras cumplen con el deber de administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante que generó rendimientos; refirió que sobre la prima de seguros previsionales ya fue sufragada por las compañías aseguradoras que cumplieron con su deber de mantener la cobertura de la vigencia de la póliza; por otro lado señaló que en lo que tiene que ver con la indexación no resulta procedente ya que los emolumentos que se encuentran en la cuenta de la demandante están incluidos rendimientos situación que permite concluir un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que la decisión se tomó en virtud del deber de información, pasando por alto que para el año 1999 la realidad del momento y la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, según la cual la aceptación libre, expresa e informada para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en ese asunto se dio a plenitud; refirió que en lo que respecta a la carga de la prueba se tiene que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar ese consentimiento sin que para la época se exigiera otro documento adicional; indicó que dicha declaratoria afecta el principio de sostenibilidad financiera, ya que la demandante estuvo por más de 23 años afiliada al fondo privado; agregó que en caso de que se confirme la sentencia se revoque la condena en costas a cargo de Colpensiones, en consideración a que la entidad no tuvo injerencia en el traslado de régimen.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es

relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 16 de julio de 1999.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Respecto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO LUIS AUGUSTO PEÑA PEDRAZA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 034 2021 00290 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de julio de 2023.

En esta instancia los apoderados de la parte demandante y Colpensiones presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 5 de agosto de 1966; que realizó cotizaciones para pensión al Instituto de los Seguros Sociales, desde el 15 de abril de 1985 hasta el 31 de mayo de 1994; que se trasladó a Porvenir S.A., mediante formulario diligenciados el 1 de junio de 1994: sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, la Circular Externa 001 de 2004.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante a la AFP es completamente valido, toda vez que se brindó la información pertinente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de julio de 2023, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el demandante LUIS AUGUSTO PEÑA PEDRAZA, el 1 de junio de 1994, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLPATRIA S.A actualmente PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante LUIS AUGUSTO PEÑA PEDRAZA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de administración.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de LUIS AUGUSTO PEÑA PEDRAZA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de las demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquidense por secretaría incluyendo la suma de 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L”

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cobija a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no se está aplicando de manera objetiva lo estipulado en el Decreto 2441 del 2010, esto es lo establecido a los deberes del consumidor financiero, entre ellos informarse adecuadamente de las condiciones del

sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación de información y capacitación, emplear la adecuada atención al momento de tomar decisiones como la afiliación de régimen o modalidad de la pensión; sin embargo dicho deber está quedando exclusivamente a cargo de las administradoras frente al deber de información y el estatuto del consumidor financiero; resaltó que en el interrogatorio se evidenció que dicho deber si se cumplió; por otro lado señaló que debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento y de la descapitalización del sistema pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional,

cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 1 de junio de 1994.

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

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

No obstante, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia a fin de establecer que los dineros a trasladar por parte de la

AFP se deberán pagar debidamente indexados, esto de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL2173-2022.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de julio de 2023, en el sentido **ORDENAR** que los valores a trasladar por parte de Porvenir S.A., deberán pagarse debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en consulta en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

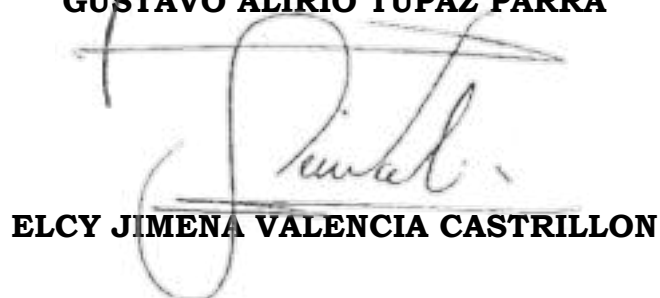
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ASTRID LORENA SALAMANCA ALBARRACIN Y LUIS CARLOS HERNÁNDEZ TOCORA CONTRA EW INGENIRIA S.A.S., ALEXANDER CAMPOS PAREDES Y HÉCTOR ELÍ VALENCIANO BOLAÑOS.

RADICADO: 11001 3105 036 2018 00463 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada de la actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de noviembre de 2021, en donde se declaró la existencia de relaciones laborales entre los

demandantes y la empresa demandada, así como, se condenó a pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria.

El recurso de apelación tiene por objeto que se acceda a la solidaridad reclamada respecto de los señores Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valenciano Bolaños.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de la parte actora en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes formularon demanda con el objeto que se declarara la existencia de relaciones laborales entre cada uno de estos y la empresa demandada así: i) con Astrid Lorena Salamanca, entre el 09/01/2014 – 23/09/2017, mediante contrato por duración de la obra o labor y por un contrato de trabajo a término fijo y ii) con Luis Carlos Hernández Tocora, entre el 24/08/2016 – 15/08/2017, mediante un contrato a término fijo, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones reclamadas junto con el pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales.

Igualmente, se observa que la demanda se dirige solidariamente contra los señores Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valenciano Bolaños.

Fundamentaron sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que la señora Salamanca Albarracín suscribió contrato por obra o labor con la demandada a partir del 9 de enero de 2014, el cual finalizó el 8 de enero de 2016, posteriormente sin solución de continuidad, el día 9 de enero de 2016 suscribió contrato de trabajo a término fijo de 1 año, el cual estuvo vigente hasta el 23 de septiembre de 2017, en los cuales se desempeñó como ingeniera residente y devengó como último salario la suma de \$1.200.000 (salario base), \$716.860 (auxilio de movilidad) y \$83.140 (auxilio de transporte); que el señor Hernández Tocora, suscribió contrato a término fijo inferior a 1 año con la demandada el cual estuvo vigente a partir del 24 de agosto de 2016 hasta el 15 de agosto de 2017, en virtud del cual se desempeñó como residente practicante ingeniero eléctrico y recibió como último salario la suma de \$1.200.000 (Salario base) y \$83.140 (auxilio de transporte); que la demandada les adeuda salarios, prestaciones sociales y vacaciones por los periodos detallados en la demanda.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La curadora ad litem de la empresa Ew Ingeniería S.A.S. y de los señores Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valenciano Bolaños, contestó la demanda señalando que no admitía las pretensiones, pero debía ser el juez quien valorara y decidiera conforme se probara en el juicio. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la

relación contractual laboral, carencia del derecho, prescripción, compensación y falta de legitimación en la causa.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre Astrid Lorena Salamanca Albarracín y Luis Carlos Hernández Tocora existió un contrato de trabajo con la empresa EW Ingeniería SAS por los siguientes extremos:

Con la señora Salamanca Albarracín el contrato por obra labor desde el nueve (09) de enero del dos mil catorce (2014) al ocho (08) de enero del dos mil dieciséis (2016) y un contrato a término fijo desde el nueve (09) de enero del dos mil dieciséis (2016) al veintitrés (23) de septiembre del dos mil diecisiete (2017).

Frente a Luis Carlos Hernández Tocora un contrato por obra o labor desde el veinticuatro (24) de agosto del dos mil quince (2015) hasta el quince (15) de agosto del dos mil diecisiete (2017).

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada EW Ingeniería SAS a pagar los siguientes conceptos:

A la señora Astrid Lorena Salamanca Albarracín por concepto de salarios y auxilio de transporte la suma de tres millones setecientos ochenta y seis mil seiscientos sesenta y siete (\$3'786.667), por concepto de cesantías la suma de un millón cuatrocientos sesenta y un mil ciento once (\$1'461.111), por concepto de intereses a las cesantías la suma de ciento veintiocho mil cero noventa y uno (\$128.091), por concepto de vacaciones seiscientos setenta y ocho mil ochocientos ochenta y ocho (\$678.888), por concepto de prima de servicio es la suma de cuatrocientos sesenta y un mil ciento once (\$461.111) y por concepto de indemnización moratoria la suma de cuarenta y seis millones trescientos veinte pesos (\$46'000.320) por los primeros veinticuatro (24) meses aclarando que a partir del mes veinticinco (25) correrá como sanción moratoria los intereses a la tasa máxima de libre asignación hasta tanto se cancelen los salarios y prestaciones adeudadas.

A favor del señor Luis Carlos Hernández Tocora se condena por concepto de salarios y auxilio de transporte la suma de dos millones ciento veintidós mil ciento veinte cinco (\$2'122.125), por concepto de cesantías ochocientos un mil novecientos sesenta y tres (\$801.963), por concepto de intereses a las cesantías la suma de sesenta mil ciento cuarenta y siete (\$60.147), por concepto de vacaciones la suma de quinientos diecisiete mil doscientos trece (\$517.213), por concepto de prima de servicio es la suma de ciento sesenta mil trescientos noventa y tres (\$160.393) por concepto de sanción moratoria de que trata de artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo la suma de veintiocho millones ochocientos mil pesos (\$28'800.000) por los primeros veinticuatro (24) meses precisando que a partir del mes veinticinco (25) se deberán los intereses a la tasa máxima de libre asignación.

TERCERO: ABSOLVER a los demandados Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valencia Bolaños de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la empresa EW Ingeniería SAS incluyese en la liquidación la suma de un millón de pesos (\$1'000.000).

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probada conforme las documentales allegadas y las pruebas practicadas en el proceso la existencia de relaciones laborales entre los demandantes y la empresa EW Ingeniería S.A.S., así como que a los mismos no les fueron cancelados algunos salarios, prestaciones sociales y vacaciones, en consecuencia, ordenó su pago, de igual forma, al no encontrar acreditada la buena fe en tales omisiones ordenó reconocimiento y pago de la indemnización moratoria en favor de cada uno de los demandantes.

En lo que respecta a la solidaridad se indicó que si bien la demanda también se dirigió solidariamente contra los señores Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valenciano Bolaños, en las pretensiones no se hizo referencia a los mismos y tampoco se explicó porque razón debería recaer una condena respecto a ellos, además que no se encontró evidencia en la documental aportada que permitiera inferir su responsabilidad más allá de evidenciar que el señor Alexander Campos fungió como representante legal de la empresa y que debía tenerse en cuenta que en materia laboral aplicaba la solidaridad conforme a lo establecido en los artículos 34, 35 y 36 del C.S.T., sin que se cumpliera ninguno de los presupuestos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de los demandantes presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con que no se hubiese declarado la solidaridad por cuanto los señores Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valenciano Bolaños, eran los dueños – socios de la empresa demandada y por tanto de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 del C.S.T. debían responder hasta por el límite de sus aportes, destacando que la calidad de los mencionados señores se dio hasta antes de que los trabajadores renunciaran puesto que la empresa se convirtió de limitada a SAS hasta el año 2018, razones por las solicita se proceda a declarar la solidaridad respecto de los señores mencionados.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable declarar la solidaridad en el pago de las condenas respecto de los señores Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valenciano Bolaños.

En primer lugar, debe indicarse que en este asunto no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre los demandantes señores Astrid Lorena Salamanca Albarracín y Luis Carlos Hernández Tocora y la empresa Ew Ingeniería

S.A.S., existieron relaciones laborales amparadas por contratos de trabajo; ii) que en virtud de las mismas se causaron derechos que no fueron cancelados oportunamente por la empresa Ew Ingeniería S.A.S. a sus trabajadores, adeudándoles el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones y iii) que al no haberse demostrado buena fe en tales omisiones se causó el derecho al pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, como quiera que no fueron aspecto controvertidos por las partes.

Precisado lo anterior y dado que el objeto del reparo recae es respecto de la solidaridad reclamada frente a los señores Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valenciano Bolaños, lo primero que debe indicarse es que revisada la demanda específicamente en el acápite de fundamentos de derecho es que se advierte que la solidaridad se imputa a título de socios de la empresa.

En esa medida, conviene recordar que el artículo 36 del C.S.T. contempla lo siguiente:

“ARTICULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Son solidariamente responsables de todas de las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.”

Respecto al tema conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL12234-2014, señaló “(...) la obligación que es objeto de la solidaridad legal reclamada en el sub lite - la del socio con su sociedad- que, para precisarlo de partida, es

la causada por la vinculación laboral del trabajador frente al empleador, quien es el responsable directo de la obligación; corolario de tal afirmación es que la que se exige del solidario, no es deuda autónoma o diferente de aquella; lo que la ley manda garantizar con el pago es la debida por el empleador.”

Así las cosas, para poder proceder con la declaratoria de tal solidaridad se requiere que esté plenamente acreditada la condición de socios de los señores Alexander Campos Paredes y Héctor Elí Valenciano Bolaños, condición que en este asunto no fue probada siendo que a pesar que se allegó el certificado de existencia y representación legal de la demandada en el que se registra que por acta No. 13 de la junta de socios del 2 de enero de 2018, inscrita el 9 de enero de 2018 bajo el numero 02291666 del libro IX, la sociedad se transformó de limitada a sociedad por acciones simplificada bajo el nombre de: EW INGENIERIA SAS, lo cierto es que el certificado allegado no da cuenta de cómo estaba compuesta la empresa en su momento y solo figura el señor Alexander Campos como representante legal de la empresa demandada, por lo que no es posible acceder a lo solicitado.

Bajo las anteriores consideraciones se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de noviembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MARIA TERESA CALDERON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A, SKANDIA S.A., PROTECCION S.A Y LA LLAMADA EN GARANTIA

RADICADO: 110013105 037 2022 00063 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Skandia S.A y Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de julio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Skandia trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensional, rendimientos e intereses.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de septiembre de 1965, que inició a cotizar el Instituto de los Seguros Sociales en mayo de 1988, que se trasladó a Porvenir S.A., en el mes de marzo de 1995; posteriormente se trasladó a Skandia a partir del mes de noviembre de 2005, que se trasladó a Protección S.A., en el mes de enero de 2013, retorno a Skandia; sin que los asesores de los fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1494 y 1602 del Código Civil, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el Decreto 3995 de 2008, la Ley 1748 de 2014 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 2422 de 2020, 2237 de 2020, 552 de 2020, 373 de 2020, 4207 de 2019, 1688 de 2019, 1421 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante con la AFP es completamente valido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Skandia S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que al momento en que la demandante se afilió a Skandia ya se había tenido varios traslados horizontales y tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS. Propuso las excepciones de actos de relacionamiento, Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado, ausencia de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado al RAIS de la demandante se efectuó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de responsabilidad, responsabilidad sui generis, juicio de aplicación del precedente, el error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica.

MAPFRE, dio contestación a la demanda, mediante la cual ni se opone ni se allana, al considerar que la relación debatida tiene como sujeto pasivo a Skandia y Colpensiones. Propuso entre otras las excepciones del llamamiento en garantía es improcedente, la entidad no se encuentra obligada, prescripción y reconocimiento oficioso de excepciones.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso entre otras 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, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de julio de 2023, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora MARÍA TERESA CALDERON CIFUENTES del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., lo que ocurrió el 17 de febrero de 1995. En consecuencia, DECLARAR válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto precedentemente.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA, actual administradora de aportes pensionales de la aquí demandante a transferir a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante,

cotizaciones, junto con los rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración y comisiones, incluyendo primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, rubros estos últimos es decir, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, serán con cargo a los propios recursos de SKANDIA, además deberán ser retornados al régimen de prima media debidamente indexados, según se expuso precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A, a retornar a COLPENSIONES los porcentajes o descuentos por gastos de administración, comisiones, incluyendo primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a sus propios recursos, por el periodo que estuvo la demandante estuvo a cada una de estas AFP, aunado, que deberán ser retornados al régimen de prima media de manera indexada.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO: Se CONDENA en COSTAS a las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCION S.A., a favor de la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Igualmente se condena en COSTAS a SKANDIA en favor de MAPFRE SEGUROS S.A. tasándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

SEXTO: Se ordena remitir las presentes diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su especialidad laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, atendiendo lo ya reseñado. Esta decisión queda legalmente notificada en estrados a las partes.

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL1452, SL 1688, SL1689 de 2019 establecen que existe desde la Ley 100 de 1993 la obligación del deber de información, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, respecto a la condena de trasladar gastos de administración y primas de seguros previsionales, al considerar que dichas sumas no se encuentran destinadas a financiar la pensión de vejez; resaltó que dichos descuentos se encuentran estipulados por mandato legal y se cumplió con la finalidad generándose

unos rendimientos; por otro lado, señaló que dichos emolumentos no fueron solicitados por la demandante situación que permite concluir que la sentencia desborda a lo pedido.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo referente a la condena impuesta de los gastos de administración, primas de seguros previsionales, indicó que en el artículo 7 decreto 3995 del 2008, ha señalado de manera taxativa los dineros a trasladar del RAIS al RPM, sin que se contemplen los gastos de administración y primas previsionales; por otro lado indicó que se encuentra contra la decisión de absolver a Mapfre en virtud de que dicha entidad tiene los concepto de primas previsionales y no Skandia S.A; finalmente refirió que tampoco está de acuerdo con la no condena en costas a dicha entidad que fue vencida en juicio y dio contestación a la demanda.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 217 de febrero de 1995.

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

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

Ahora bien, debe señalarse que Mapfre fue vinculada al proceso como llamada en garantía, figura que persigue que cuando se afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, de conformidad con lo expuesto en el artículo 64 del CGP, no obstante, ello no comprende la declaración de existencia o inexistencia de los contratos celebrados entre el llamante y llamado.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el llamamiento se funda en el contrato de seguro, el cual a su turno se encuentra definido por las condiciones de la póliza suscrita entre las partes, verificadas las mismas no se aprecia que dentro de los riesgos asumidos se encuentre el de devolver las primas en caso de ineficacia del traslado del régimen, razones suficientes para desestimar el llamamiento reclamado.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Finalmente, en lo que tiene que ver con el argumento de Skandia S.A., respecto a las costas procesales en contra de la llamada en garantía Mapfre, se tiene que no es la legitimada para manifestar inconformidad respecto a dicho pedimento, por consiguiente, no hay lugar a variar la absolución respecto de dicho rubro.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO CARLOS EDUARDO CASTILLO RINCON contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 037 2022 00235 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colfondos y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de agosto de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Horizonte hoy Colfondos S.A., como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incluidos los rendimientos y sin efectuar ningún tipo de descuento.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 14 de enero de 1962; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 22 de septiembre de 1981 hasta el 30 de septiembre de 1999; que con el RPM cotizó un total de 607 semanas; que se trasladó a Colfondos S.A., el 8 de agosto de 1999, sin que el fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 1, 11, 13, 33, 34,36, 114, 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los artículo 167 del Código General del Proceso, el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 1604 del Código Civil, el artículo 10 del Código Civil, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 del 2011, 31989 de 2008, 46292 de 2017, 19447 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que en el presente asunto no se allega al plenario prueba alguna, que permita invalidar el acto jurídico de afiliación, que libre y espontáneamente realizó el a dicho fondo privado. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido SL373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradora de pensiones. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de agosto de 2023, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor CARLOS EDUARDO CASTILLO RINCON del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 23 de agosto de 1999. En consecuencia, DECLARA válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AFP COLFONDOS, a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones, como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS a cargo de la demandada COLFONDOS S.A., por valor de 1SMMLV, por secretaría tásense en la etapa procesal pertinente.

QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva dela decisión.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL1452, SL 1688, SL1689 de 2019 establecen que existe desde la Ley 100 de 1993 la obligación del deber de información, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia, al considerar que se le brindó información al demandante al momento del traslado a Colfondos y que el mismo si tenía conocimiento de las características del régimen escogido, esto de conformidad con el interrogatorio absuelto por el actor; por lo anterior solicitó revocar la decisión proferida y absuelva a la entidad de cualquier condena en su contra.

El apoderado de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que desde el interrogatorio de parte el demandante manifestó que conocía el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y entendiendo que en su sentir fue obligado, lo cierto es que tuvo conocimiento necesario por parte de su empleador en este caso Colfondos S.A., como asesor de la entidad que fue capacitado por parte de esta entidad respecto estos asuntos, lo que permite establecer que tenía pleno conocimiento de las consecuencia de trasladarse de régimen.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de

pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

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

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Así las cosas, no obra prueba alguna, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

No obstante, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia de instancia a fin de establecer que los dineros a trasladar por parte de la AFP se deberán pagar debidamente indexados, esto de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL2173-2022.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de agosto de 2023, en el sentido **ORDENAR** que los valores a trasladar por parte de Colfondos S.A., deberán pagarse debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en consulta en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


GUSTAVO ALIRIO TUPAZ PARRA


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON