



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RAFAEL JOSE VARGAS MURCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, PROTECCION S.A Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS.

RADICADO: 110013105 002 2018 00625 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora VIVIANA MORENO ALBARADO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1093767709 y tarjeta profesional No. 269607 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) así como tampoco se está frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Protección S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad que es aquel que por esencial, afecta la validez del acto y la condena a su anulación o rescisión judicial.

El apoderado de Porvenir S.A., manifestó que en el presente asunto no se acredita la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, toda vez que no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1508 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

La parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que para el diligenciamiento del formulario de afiliación, la AFP no cumplió con la carga y deber de información que le correspondía para que tomara una decisión informada, autónoma y consciente, respecto a los riesgos del traslado y la pérdida de los beneficios que aquel le reportaría.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, así como también se ordene a Porvenir, Old Mutual S.A., y Protección S.A., devolver las sumas dinerarias correspondientes a los gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de junio de 1961; que el 29 de enero de 1993 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, por intermedio de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL; que el 8 de abril de 1998, se trasladó a Davivir Pensiones y Cesantías hoy

Protección S.A., sin que l dicho fondo le suministrara la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48, 49, 53, 335 de la Constitución Política, los artículos 1603 y 1746 del Código Civil; los artículos 1,2, 5, 11, 12, 26, 33, 39,40, 42,48, 49, 50,51, 52, 54, 54, 74 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el articulo 13 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 4, 14, 15 y 35 del Decreto 656 de 1994, los artículos 3, 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, los artículos 3,4,1215 del Decreto 720 de 1994, los artículos 1 y 3 del Decreto 1161 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 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 que de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea aplicación al art 1604, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas y la genérica.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a la pretensión de la demanda dirigida a la devolución de gastos de administración al considerar que la AFP cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera. Propuso entre otras las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Old mutual no participo ni intervino en el momento de selección de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación, ausencia de falta del deber de información, prescripción, buena fe y la genérica.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, manifestó que se esta frente

a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, toda vez que se realizó de forma libre y espontanea. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que que la afiliación del demandante con la AFP en el año 2000 se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportuna informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de junio de 2022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor RAFAEL JOSE VARGAS MURCIA identificado con cédula de ciudadanía No.4.147.020, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. el día 08 DE ABRIL DE 1998, y consecuentemente los traslados horizontales a PORVENIR SA, el 13 de enero del 2000, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, el 02 de abril de 2012 y a PROTECCIÓN SA, el 20 de junio de 2014, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a devolver 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, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, gastos de administración, y sumas adicionales de la aseguradora sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 29 de enero de 1993, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas, PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, dentro de las que

deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (01) salario mínimo legal mensual vigente.

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

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia sobre una serie de obligaciones y deberes de los fondos de pensiones relacionados con el deber de información, en sentencias tales como SL 9447 de 2017 y la sentencia SL4373 de 2020 entre otras; señala que la elección de régimen pensional debe ser libre y voluntaria precedida de una asesoría de una ilustración completa, diáfana y comprensible sobre las consecuencias tanto positivas como adversas que la decisión pueda acarrear para el futuro pensional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que no se realizó una debida valoración probatoria tales como lo es el interrogatorio de parte absuelto por el actor, en donde se pudo acreditar que existió una asesoría precontractual, por medio de la cual se brindó una asesoría necesaria y oportuna, así como también precisó que en el presente asunto existieron varios traslados horizontales que permiten establecer la convicción de permanencia; por otro lado indicó que existe una prohibición legal de trasladarse en cualquier tiempo, esto en virtud de evitar 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, he 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 Davivir S.A hoy Protección S.A., el 8 de abril de 1998.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, 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 lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de

Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le

corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de junio de 2022, 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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ GLADYS DUARTE MOLINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 11001 3105 003 2020 00383 01

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

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 Protección 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 19 de enero de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, adicional a ello la actora se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual limitó el derecho de trasladarse de régimen pensional cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión.

Finalmente la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia recurrida, toda vez que la información ofrecida por el fondo privado y la suscripción del formulario de afiliación suscrito de forma libre y voluntaria no supe el deber de información a cargo de la AFP de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A., y en consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP a trasladar a Colpensiones los rendimientos, intereses, comisiones, cotizaciones de la cuenta de ahorro individual.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 29 de agosto de 1961, que se afilio al Instituto de los Seguros Sociales en el mes de agosto de 1980; que el 22 de marzo de 1995 se traslado a Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo le suministrara la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 4, 25, 48, 53,93 de la Constitución Política; la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1748 de 2014, el artículo 1604 del Código Civil, el artículo 167 de Código General del Proceso y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia 31989 del 9 de septiembre de 2008, 31989 del 9 de septiembre de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que se está frente un acto de afiliación existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, efectuado de forma libre y espontanea. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligaciones, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de

restituciones mutuas a favor de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información brindada. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 19 de enero de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la Demandante LUZ GLADYS DUARTE MOLINA del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por COLMENA S. A., hoy ROTECCIÓN S. A., realizado el 22 de marzo de 1995, así como los traslados o afiliaciones posteriores realizados en forma horizontal por fusiones horizontales realizadas con posterioridad entre COLMENA S. A., e ING realizado el 1° de abril de 2000, y posteriormente entre ING y PROTECCIÓN S. A., el 31 de diciembre de 2002, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante LUZ GLADYS DUARTE MOLINA por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante LUZ GLADYS DUARTE MOLINA, 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.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por la demandada, conforme lo considerado en la parte motiva.

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. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Protección S.A., interpuso recurso de apelación parcial en lo referente a las comisiones de administración y de seguro provisional al considerar que dichos descuentos se realizaron de conformidad con una disposición legal, las cuales ya fueron canceladas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, por lo que en caso de que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado y se devuelvan las cosas al estado anterior solo habría lugar al traslado de los aportes sin ningún otro emolumento.

La apoderada de Colpensiones., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que sin verificarse el caso en concreto se tomó la decisión de invertir la carga de la prueba a las Administradoras de Pensiones de que se cumplió con el deber de información; señaló que dicha decisión desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente la improcedencia de la carga de la prueba de conformidad con la sentencia T- 422 de 2011; por otro lado refirió que la entidad no debe ser condenada en costas en virtud de que no tuvo nada que ver que la decisión libre y voluntaria de la demandante de trasladarse de fondo 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, he procedido 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 afiliación a Colmena hoy Protección S.A., el 22 de marzo 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, suministro 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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.

Ahora bien, en cuanto 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,

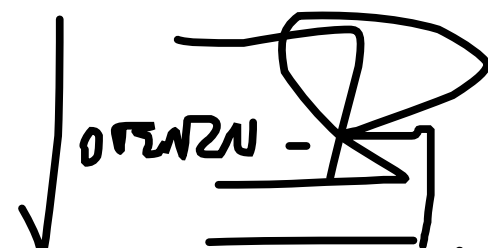
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de enero de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

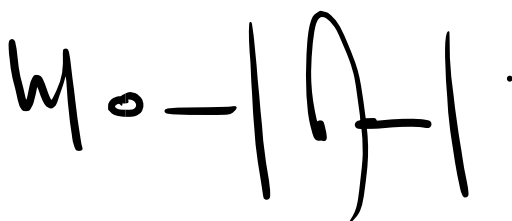
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NUBIA CECILIA WILCHES FEBLES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 110013105 007 2019 00076 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Protección S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que la demandante no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, este es, el retracto, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección. Es de resaltar que no le asiste derecho a la demandante en regresar al régimen de prima media, con el fin de que se le reconozca su pensión por

este régimen, ya que la demandante se encuentra debidamente afiliada al RAIS, sumado a esto para poder trasladar al Régimen de Prima Media, es necesario cumplir con los requisitos que estableció la ley 797 del 2003 en su artículo 2 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La señora Nubia Cecilia Wilches Febles, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que ha estado afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, posteriormente fue trasladada al fondo privada Protección S.A. en la cual se realizaron aportes a partir del mes de febrero de 1999. En julio de 2004 elevó ante el ISS solicitud de traslado del Régimen del Fondo Privado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS, hoy Colpensiones. El ISS, mediante oficio del 12 de noviembre de 2004, le comunica que su traslado será efectivo a partir del 1 de septiembre de 2004. Sin embargo a la presente fecha aparece activa en el Régimen de Ahorro Individual con Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48 de la Constitución Política y demás concordantes; Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990; Decretos 2591 de 1991; Decreto 306 de 1992; artículo 1, 2, 33, 36, 46 de la Ley 100 de 1993; sentencias C-789 de 2002, C-754 de 2004, C-1024 de 2004, T-818 de 2007.

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 dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte

de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de 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 al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante a Protección S.A. es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, a través de la firma de los formularios de vinculación que cumplen todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. 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 y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de junio de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la VALIDEZ de la afiliación y traslado realizado por: La señora NUBIA CECILIA WILCHES FLEBES del RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A al RPM administrado con COLPENSIONES el día 29 de julio de 2004 contenida en el formulario No. 3595

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora

NUBIA CECILIA WILCHES FLEBES dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

CUARTO: SE DECLARAN no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

QUINTO: Se condena en costas a los demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos, no se excluye a Colpensiones en esta ocasión, por cuanto este se ha negado desde el 2012 a aceptar la afiliación del actor.

SEXTO: Se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Se dispone la remisión del expediente para ante el Superior.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 46106 de 2012 se tiene como válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales, las demás no serán válidas ni legítimas. Que para el momento de solicitar el traslado estaba en tiempo conforme a la Ley 797 de 2003, es decir, lo hizo en oportunidad.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación respecto a que si existió la nulidad alegada la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 del Código Civil, el cual expone que la ratificación expresa o tácita puede sanear el vicio del contrato, y en el presente asunto la demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza dicho artículo, al ejecutar de forma voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que la demandante durante todo el tiempo consintió que se realizaran los descuentos respectivos con destino al Régimen de Ahorro Individual

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en lo concerniente a la condena en costas por resultar estas excesivas, respecto a un formulario de afiliación que se presume válido y legalmente exigible esto teniendo en cuenta que el documento es avalado por la Superintendencia Bancaria para la data, que es el documento que se utiliza

como voluntad libre-expresa del afiliado de querer pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y este formulario hizo que la demandante estuviese afiliada al Régimen y gozara de las características y funcionamiento propias del sistema de capitalización que tiene el Régimen, esto evidenciado en su cuenta de ahorro individual con solidaridad donde están unos rendimientos que favorecen a la afiliada respecto a los que pudo haber obtenido en el Régimen de Prima Media. Para la data no existía la obligación de conservar otro documento que dé cuenta de la información que en ese momento se brindaba de carácter verbal y que se garantizaba a través de los representantes comerciales de la compañía.

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, he procedido 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 Protección S.A, el 4 de noviembre 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Ahora bien, 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 cuanto a la tasación de las agencias en derecho en contra de las AFP, se recuerda que este no es el momento procesal oportuno para discutir las según los dispuesto en el artículo 366 *ibidem*. 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: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA CONSULTA proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de junio de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración al afiliado.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

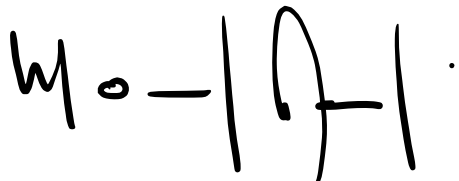
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARÍA NELLY
SULVARA TRIANA contra UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE
CUNDINAMARCA.**

RADICADO: 11001 3105 010 2019 00346 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte pasiva respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de mayo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de la parte demandante, quien refirió que en lo relativo con el Ingreso Base Liquidación de las pensiones reconocidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se debe tener en cuenta todos los factores salariales devengados por el causante, y, por lo tanto, le asiste a la actora el derecho a que la pensión de jubilación le sea reliquidada.

A su turno, el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, expuso que revisados los factores salariales enunciados en la Certificación No. 3959 y comparándolos con los que se tuvieron en cuenta en la liquidación del reconocimiento de la pensión de jubilación del 1 de agosto de 1991, elaborada por el Instituto de Seguridad Social de Cundinamarca, no existen nuevos factores que incluir, y además por cuanto la prestación fue reliquidada con Resolución No. 3900 del 26 de noviembre de 2004, y en consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se condenará a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca a la reliquidación de la pensión de jubilación del señor José Ángel Cárdenas Guayana (q.e.p.d.) a partir del 20 de abril de 1991, teniendo en cuenta el último año de

servicio junto con todos los factores devengados¹, bajo los parámetros y condiciones de la Ley 6 de 1945 en concordancia con el Decreto 1045 de 1978; así como al pago del retroactivo causado, indexación de las sumas, a lo que resulte según facultades ultra y extra petita y al pago de costas.

En sustento de sus pretensiones mencionó que mediante Resolución No. 8632 del 13 de diciembre de 1991, la Gobernación de Cundinamarca le reconoció pensión de jubilación al señor José Ángel Cárdenas Guayana (q.e.p.d.) bajo los parámetros y condiciones de la Ley 6 de 1945, a partir del 20 de abril de 1991, con una tasa de reemplazo del 75% de lo devengado en el último año de servicios, en cuantía de \$100.207,05; que el señor José Ángel Cárdenas Guayana falleció el 18 de agosto de 2012 y por consiguiente, a través de Resolución No. 0765 del 25 de octubre de 2012 se le reconoció la sustitución pensional en un 100% a partir del 19 de agosto de 2012, en cuantía inicial de \$1.017.863.

Mencionó que posteriormente, la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca modificó la citada resolución en el sentido de reliquidar la sustitución pensional a partir del 1 de octubre de 2012, en cuantía de \$1.062.612, pero sin que se tuvieran en cuenta todos los factores salariales devengados por el causante, por lo que el día 6 de noviembre de 2018 solicitó la reliquidación de la mesada pensional.

¹ Tales como asignación básica, sobresueldo, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima anual, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación por retiro, feriados y dominicales, vacaciones y prima anual de servicios.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 48, 53 y 230 de la Constitución Política, la Ley 6 de 1945, el Decreto 1045 de 1978 y la Ley 100 de 1993; así mismo trajo a colación la sentencia del Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda del 4 de agosto de 2010.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, contestó la demanda como se observa a folios 42 y s.s. del expediente, en donde se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones por cuanto se liquidó la mesada pensional del actor teniendo en cuenta el último año de servicios y con base en todos los factores que efectivamente devengó, razones por las cuales refirió que no se tenía derecho a la reliquidación solicitada, y demás conceptos que de la misma se derivarían. Propuso las excepciones de mérito que denominó: improcedencia de la reliquidación por la no existencia de nuevos factores que incluir, prescripción y la innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de mayo 2021, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el valor de la mesada pensional reconocida en favor causante José Ángel Cárdenas Guayana (Q.E.P.D.) para el año 1991 asciende a la suma de \$116.075,56, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que le asiste derecho a la demandante María Nelly Sulvara Triana al reconocimiento y pago, debidamente indexado, de la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a José Ángel Cárdenas

Guayana, en calidad de sustituta, teniendo como mesada pensional para el año 1991 de \$ 116.075.56.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, para todos aquellos mayores valores causados con antelación al 6 de noviembre de 2015 y no probadas las demás.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca a pagar en favor de la demandante María Nelly Sulvara Triana el valor correspondiente al retroactivo pensional causados desde el 6 de noviembre de 2015, atendiendo la prescripción declarada, y con corte al 30 de abril de 2021 por valor de \$ 8.425.984.65, mayores valores que deberán indexarse conforme al IPC certificado por el DANE para el momento del pago.

Pensiones del Departamento de Cundinamarca, para que realice los descuentos respectivos con destino al sistema general en salud.

A su vez se autoriza a la demandada Unidad Administrativa Especial de
QUINTO: CONSÚLTESE esta sentencia con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca. Fíjese como agencias en derecho suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.”

Como fundamento de su decisión argumentó que la pensión consagrada en la Ley 6 de 1945, se reconoce sobre los factores salariales señalados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 y en la Ley 4 de 1966, y que por tanto las pensiones reconocidas bajo dicha norma deben ser liquidadas sobre la base del 75% del salario promedio, que sirve a su vez de base para los aportes durante el último año de servicio y conforme los factores salariales allí contemplados.

Bajo ese análisis normativo, determinó que, dentro de los factores devengados por el causante durante su último año de servicio, esto es, del 20 de abril de 1990 al 19 de abril de 1991, el promedio de los conceptos de asignación básica, subsidio de transporte, prima de alimentación, prima anual, sobresueldo del 20%, feriados y dominicales, prima de navidad y prima de vacaciones, sumaban un total de:

Concepto	Promedio Mensual
Asignación Básica	\$ 80.744,17
Subsidio de Transporte	\$ 4.614,45
Prima de Alimentación	\$ 11.369,50
Prima Anual	\$ 12.802,33
Sobresueldo 20%	\$ 10.640,23
Feriatos y Dominicales	\$ 9.788,50
Prima de Navidad	\$ 10.603,25
Prima de Vacaciones	\$ 14.204,98
Total Promedio	\$ 154.767,42

Y al aplicarle la tasa de reemplazo del 75%, el valor de la mesada pensional para el año de 1991 debería haber correspondido a \$116.075,56, suma que resulta superior a la que fue reconocida por la demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, solicitó examinar la liquidación efectuada por la Juez de primera instancia, atendiendo a que conforme con la liquidación elaborada por el liquidador de la Unidad el día 17 de septiembre de 2019, la mesada de la pensión de jubilación del causante para el año de 1991 es de \$100.207, cifra inferior a la determinada en la decisión y dado que en ambas liquidaciones se tiene para la base los valores indicados en la Certificación emitida por la entidad.

V. 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 la reliquidación de la

pensión de jubilación reconocida por la Unidad Administrativa Especial de Pensiones Del Departamento de Cundinamarca al señor José Ángel Cárdenas Guayana (q.e.p.d.) tenido en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de prestación de servicios y en caso afirmativo al pago del retroactivo y demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: **i)** que la Caja de Previsión Social de Cundinamarca mediante Resolución No. 8632 del 19 de diciembre de 1991, reconoció pensión de jubilación al causante, a partir del 20 de abril de 1991, en cuantía inicial de \$100.207,05, al aplicar el 75% del sueldo promedio del último año de servicios (\$133.609,40, incluida la doceava parte de la prima de navidad y demás emolumentos), de conformidad *con la Ley 6 de 1945, Ley 4 de 1966, Ley 5 de 1969, Ordenanza 13 de 1957 y Decreto 1743 de 1966*; **ii)** que el Departamento de Cundinamarca mediante Resolución No. 0765 del 25 de octubre de 2012, reconoció el 100% del derecho prestacional de la pensión de sobreviviente a favor de la señora María Nelly Sulvara Triana, la suma de \$1.017.863 mensuales, a partir del 19 de agosto de 2012; y, **iii)** que la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca mediante Resolución No. 003900 del 26 de noviembre de 2004, reliquida la pensión de jubilación en cuantía de \$100.810,00, para el año de 1991, siendo la mesada para el año 2.000 la suma de \$251.958, resolución confirmada mediante Resolución No. 004037 del 13 de diciembre de 2004.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el reparo que presenta el recurrente se centra en el valor determinado por la *a quo* en la mesada pensional de la pensión de jubilación reconocida al causante para el año de 1991, y la establecida por liquidador de la entidad, vista a folio 76 del expediente, ha de resaltar que se trataba de una pensión de jubilación establecida en la Ley 6 de 1945.

Bajo la anterior consideración y dado que en la Resolución No. 8632 de 1991, a través de la que se efectuó el reconocimiento pensional del causante, se señaló que el reconocimiento se haría en forma equivalente al 75% del salario promedio de sueldos o salarios devengados en el último año antes de causarse el derecho, a efectos de determinar los factores legales que integraban el mismo, debía acudirse a lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978 *“Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”*, el cual en su artículo 45 señala:

“ARTÍCULO 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;

- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”

En ese orden de ideas, a folios 29 a 31 y 56 a 58 del plenario, obra Certificación No. 3953 emitida por el área de Talento Humano de la Gobernación de Cundinamarca el 21 de marzo de 2017, en la cual se encuentran relacionados los conceptos y valores reconocidos al causante *durante el último año de servicios*, así:

Abril 1990	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 70.410,00	Diciembre 1990	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 9.900,00
	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50		ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 72.757,00
	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 9.900,00		SOBRESUELDO 20%	\$ 14.551,40
Mayo 1990	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 72.757,00		SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50
	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50		PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 10.230,00
	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 10.230,00		PRIMA DE NAVIDAD	\$ 95.259,04
Junio 1990	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 70.410,00	Enero 1991	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 90.954,00
	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50		SOBRESUELDO 20%	\$ 18.190,80
	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 9.900,00		SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 4.787,00
Julio 1990	PRIMA ANUAL	\$ 70.410,00	Febrero 1991	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 13.640,00
	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 72.757,00		ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 82.152,00
	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50		SOBRESUELDO 20%	\$ 16.430,40
Agosto 1990	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 10.230,00		SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 9.240,00
	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 72.757,00		PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 11.353,00
	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50		ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 90.954,00
Septiembre 1990	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 10.230,00	Marzo 1991	SOBRESUELDO 20%	\$ 18.190,80
	PRIMA DE VACACIONES	\$ 70.410,00		SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 4.787,00
	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 70.410,00	Abril 1991	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 13.640,00
	SOBRESUELDO 20%	\$ 14.082,00		ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 88.020,00
	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50		SOBRESUELDO 20%	\$ 17.604,00
Octubre 1990	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 9.900,00		SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 4.787,00
	FERIADOS Y DOMINICALES	\$ 84.498,00		PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 13.200,00
	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 72.757,00	Julio 1991	VACACIONES $\times 12$	\$ 50.024,70
	SOBRESUELDO 20%	\$ 14.551,40		PRIMA ANUAL DE SERVICIOS	\$ 79.218,00
	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50		PRIMA DE VACACIONES	\$ 100.049,70
Noviembre 1990	PRIMA DE ALIMENTACION	\$ 10.230,00		PRIMA DE NAVIDAD	\$ 31.980,00
	FERIADOS Y DOMINICALES	\$ 32.964,00		BONIFICACION POR RETIRO $\div 12$ <i>gan</i>	\$ 316.872,00
	ASIGNACIÓN BÁSICA	\$ 70.410,00			
	SOBRESUELDO 20%	\$ 14.082,00			
	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	\$ 3.797,50			

Así mismo, a folio 76 del paginario, obra liquidación efectuada por el Liquidador de la entidad señor Hidelfonso Gómez el 17 de septiembre de 2019, la cual ratifica la liquidación que fue base para obtener la mesada pensional del causante a través de la Resolución No. 8632 del 19 de diciembre de 1991, y que se indica a continuación:

JOSE ANGEL CARDENAS GUAYANA CC.3.113.763											
RELIQUIDACIÓN PENSIÓN DE JUBILACIÓN											
INGRESA	SEÑE	Nº DE DIAS	ASIGNACION BASICA MENSUAL	SOBRESUELDO 0 20%	SUBSIDIO DE TRANSPORTE	PRIMA DE ALIMENTACION	PRIMA ANUAL	PRIMA DE VACACIONES	PRIMA DE NAVIDAD	DOMINICAL FERIADO	TOTAL SALARIO BASE DE LIQUIDACION CERTIFICADO POR EL EMPLEADOR
1990	ABRIL	10	23.470,00		1.266,00	3.300,00					
1990	MAYO	30	72.757,00		3.797,50	10.230,00					
1990	JUNIO	30	70.410,00		3.797,50	9.900,00	13.691,00				
1990	JULIO	30	72.757,00		3.797,50	10.230,00					
1990	AGOSTO	30	72.757,00		3.797,50	10.230,00					
1990	SEPTIEMBRE	30	70.410,00	14.082,00	3.797,50	9.900,00				84.498,00	
1990	OCTUBRE	30	72.757,00	14.551,40	3.797,50	10.230,00				32.954,00	
1990	NOVIEMBRE	30	70.410,00	14.082,00	3.797,50	9.900,00					
1990	DICIEMBRE	30	72.757,00	14.551,40	3.797,50	10.230,00			55.568,00		
1991	ENERO	30	90.954,00	18.190,80	4.787,00	13.640,00					
1991	FEBRERO	30	82.152,00	16.430,40	9.240,00	11.353,00					
1991	MARZO	30	90.954,00	18.190,80	4.787,00	13.640,00					
1991	ABRIL	20	58.680,00	11.400,00	3.191,00	8.700,00	79.218,00	100.049,70	31.980,00		
PROMEDIO		360	75.717	9.985	4.410	10.807	7.636	8.223	7.196	9.654	133.627,93
PROMEDIO AL TIEMPO A LA FECHA DE LIQUIDACION											133.627,93
PORCENTAJE A APLICAR											0,75
VALOR DE LA PENSION REQUERIDA											\$ 100.220,95
VALOR DE LA PENSION PAGADA											\$ 100.207,05
DIFERENCIA AL AÑO TOTAL											\$ 14

Liquidado: Hidelfonso Gómez -17/09/2019
Liquidado conforme al certificado de saldos No. 3353 expedido por la Dirección de Talento Humano de la Gobernación de Cundinamarca el 23 de Marzo de 2017, según resolución No. 8632 de diciembre 19 de 1991 que reconoce pensión en un valor de \$100.207,05 a partir del 20 de abril de 1991.
NO GENERA DIFERENCIAS A FAVOR DEL PENSIONADO.

Y finalmente, obsérvese los valores tenidos en cuenta en la liquidación efectuada por la Juez de primera instancia, los cuales fueron relacionados, así:

Rad. 010-2019-00346

Año	Mes	Fecha Inicial	Fecha Final	días	Asignación Básica	Subsidio de Transporte	Prima de Alimentación	Prima Anual	Sobresueldo 20%	Feriados y Dominicales	Prima de Navidad	Prima de Vacaciones
1990	Abril	20/04/1990	30/04/1990	11	\$ 27.263,67	\$ 1.392,42	\$ 3.751,00					
	Mayo	1/05/1990	31/05/1990	31	\$ 72.757,00	\$ 3.797,50	\$ 10.230,00					
	Junio	1/06/1990	30/06/1990	30	\$ 70.410,00	\$ 3.797,50	\$ 9.900,00	\$ 74.410,00				
	Julio	1/07/1990	31/07/1990	31	\$ 72.757,00	\$ 3.797,50	\$ 10.230,00					
	Agosto	1/08/1990	31/08/1990	31	\$ 87.308,40	\$ 3.797,50	\$ 10.230,00					\$ 70.410,00
	Septiembre	1/09/1990	30/09/1990	30	\$ 70.410,00	\$ 3.797,50	\$ 9.900,00		\$ 14.082,00	\$ 84.498,00		
	Octubre	1/10/1990	31/10/1990	31	\$ 72.757,00	\$ 3.797,50	\$ 10.230,00		\$ 14.551,40	\$ 32.964,00		
	Noviembre	1/11/1990	30/11/1990	30	\$ 70.410,00	\$ 3.797,50	\$ 9.900,00		\$ 14.082,00			
	Diciembre	1/12/1990	31/12/1990	31	\$ 72.757,00	\$ 3.797,50	\$ 10.230,00		\$ 14.551,40		\$ 95.259,04	
1991	Enero	1/01/1991	31/01/1991	31	\$ 90.954,00	\$ 4.787,00	\$ 13.640,00		\$ 18.190,80			
	Febrero	1/02/1991	28/02/1991	28	\$ 82.152,00	\$ 9.240,00	\$ 11.353,00		\$ 16.430,40			
	Marzo	1/03/1991	31/03/1991	31	\$ 90.954,00	\$ 4.787,00	\$ 13.640,00		\$ 18.190,80			
	Abril	1/04/1991	19/04/1991	19	\$ 88.020,00	\$ 4.787,00	\$ 13.200,00	\$ 79.218,00	\$ 17.604,00		\$ 31.980,00	\$ 100.049,70
Totales				365	\$ 968.930,07	\$ 55.373,42	\$ 136.434,00	\$ 153.628,00	\$ 127.682,80	\$ 117.462,00	\$ 127.239,04	\$ 170.459,70
Total Promedio					\$ 80.744,17	\$ 4.614,45	\$ 11.369,50	\$ 12.802,33	\$ 10.640,23	\$ 9.788,50	\$ 10.603,25	\$ 14.204,98

Concepto	Promedio Mensual
Asignación Básica	\$ 80.744,17
Subsidio de Transporte	\$ 4.614,45
Prima de Alimentación	\$ 11.369,50
Prima Anual	\$ 12.802,33
Sobresueldo 20%	\$ 10.640,23
Feriados y Dominicales	\$ 9.788,50
Prima de Navidad	\$ 10.603,25
Prima de Vacaciones	\$ 14.204,98
Total Promedio	\$ 154.767,42

A partir de los documentos antes referenciados y comparándolos con los valores reconocidos por la enjuiciada y por la *ad quo*, se advierte que la diferencia se encuentra en el concepto denominado “PRIMA ANUAL” del mes de junio de 1990, puesto que, mientras la demandada tiene en cuenta por dicho concepto la suma de **\$13.691** (suma proporcional a la doceava parte del año laborado), con el cual llega obtener un IBL de \$100.207, por su parte la *a quo* tiene en cuenta el valor de **\$74.410**, para llegar a obtener un IBL de \$154.767,42.

En consecuencia, encuentra la Sala que si bien es cierto, de conformidad con lo señalado por la Juez de primera instancia, la “PRIMA ANUAL” del mes de junio de 1990,

efectivamente, debe ser tomada en cuenta en su totalidad como factor salarial del causante, ya que el mismo fue ingresado a su patrimonio dentro del último año de servicios en su totalidad, sería del caso, confirmar la decisión de la *ad quo*, de no ser porque se advierte que el valor de tal concepto corresponde a la suma de **\$70.410**, esto es, un valor inferior al indicado por la juez de primera instancia en \$4.000, y dado que ello genera variaciones en el valor final del IBL para la determinación de la mesada pensional, en tal sentido, se solicitó el apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la primera mesada pensional, encontrando lo siguiente:

▪ **Cálculo para la obtención del Ingreso Base de Liquidación**

Promedio Salarial Anual							
Año 1990-1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
20/04/90	30/04/90	11	84.107,50	2.803,58	\$ 30.839,42		
01/05/90	31/05/90	31	86.784,50	2.892,82	\$ 89.677,32		
01/06/90	30/06/90	30	154.517,50	5.150,58	\$ 154.517,50		
01/07/90	31/07/90	31	86.784,50	2.892,82	\$ 89.677,32		
01/08/90	31/08/90	31	157.194,50	5.239,82	\$ 162.434,32		
01/09/90	30/09/90	30	182.687,50	6.089,58	\$ 182.687,50		
01/10/90	31/10/90	31	134.299,90	4.476,66	\$ 138.776,56		
01/11/90	30/11/90	30	98.189,50	3.272,98	\$ 98.189,50		
01/12/90	31/12/90	31	196.594,94	6.553,16	\$ 203.148,10		
01/01/91	31/01/91	31	127.571,80	4.252,39	\$ 131.824,19		
01/02/91	28/02/91	28	119.175,00	3.972,50	\$ 111.230,00		
01/03/91	31/03/91	31	127.571,80	4.252,39	\$ 131.824,19		
01/04/91	19/04/91	19	384.883,40	12.829,45	\$ 243.759,49		
Total días		365			\$ 1.768.585,41	\$ 4.845,44	\$ 145.363,18

▪ **Cálculo Primera Mesada Pensional**

Cálculo Primera Mesada Pensional							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1991	365	7,650	7,65	1,000	\$ 145.363,18	\$ 145.363,18	\$ 1.768.585,41
Total días	365	Total devengado actualizado a:				1991	\$ 1.768.585,41
Total semanas	52,14	Ingreso Base Liquidación				\$ 145.363,18	
Total Años	1,00	Porcentaje aplicado				75%	
		Primera mesada				\$ 109.022,39	
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 1991				\$ 51.720,00	

En ese orden, se advierte que el valor de la primera mesada pensional para el año de 1991 corresponde a la suma de **\$109.022,39**; adicionalmente, se dispondrá el pago del retroactivo pensional generado a partir del 6 de noviembre de 2015, atendiendo a que efectivamente las mesadas anteriores a dicha data se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, conforme los cálculos efectuados, y las que se sigan causando, así:

Tabla Mesada Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada		Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/91	31/12/91	26,10%	\$ 109.022,00	\$ 100.810,00		0,00	\$ 0,0
01/01/92	31/12/92	26,00%	\$ 137.368,00	\$ 127.020,60		0,00	\$ 0,0
01/01/93	31/12/93	25,13%	\$ 171.889,00	\$ 158.875,00		0,00	\$ 0,0
01/01/94	31/12/94	26,00%	\$ 216.580,00	\$ 207.685,00		0,00	\$ 0,0
01/01/95	31/12/95	22,59%	\$ 265.505,00	\$ 254.604,00		0,00	\$ 0,0
01/01/96	31/12/96	19,46%	\$ 317.172,00	\$ 304.149,00		0,00	\$ 0,0
01/01/97	31/12/97	21,63%	\$ 385.776,00	\$ 369.936,43		0,00	\$ 0,0
01/01/98	31/12/98	17,68%	\$ 453.981,00	\$ 435.341,19		0,00	\$ 0,0
01/01/99	31/12/99	16,70%	\$ 529.796,00	\$ 508.043,17		0,00	\$ 0,0
01/01/00	31/12/00	9,23%	\$ 578.696,00	\$ 554.935,55		0,00	\$ 0,0
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 629.332,00	\$ 603.492,41		0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 677.476,00	\$ 649.659,58		0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 724.832,00	\$ 695.070,79		0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 771.874,00	\$ 740.174,00		0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 814.327,00	\$ 780.883,57		0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 853.822,00	\$ 818.756,42		0,00	\$ 0,0

01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 892.073,00	\$ 855.436,71		0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 942.832,00	\$ 904.111,06		0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.015.147,00	\$ 973.456,38		0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.035.450,00	\$ 992.925,51		0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.068.274,00	\$ 1.024.401,24		0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.108.121,00	\$ 1.062.611,41		0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.135.159,00	\$ 1.088.539,13		0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.157.181,00	\$ 1.109.656,79		0,00	\$ 0,0
06/11/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.199.534,00	\$ 1.150.270,23	\$ 49.263,77	2,83	\$ 139.580,7
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.280.742,00	\$ 1.228.143,52	\$ 52.598,48	14,00	\$ 736.378,7
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.354.385,00	\$ 1.298.761,77	\$ 55.623,23	14,00	\$ 778.725,2
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.409.779,00	\$ 1.351.881,13	\$ 57.897,87	14,00	\$ 810.570,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.454.610,00	\$ 1.394.870,95	\$ 59.739,05	14,00	\$ 836.346,7
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.509.885,00	\$ 1.447.876,05	\$ 62.008,95	14,00	\$ 868.125,4
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.534.194,00	\$ 1.471.186,85	\$ 63.007,15	14,00	\$ 882.100,1
01/01/22	30/09/22	5,62%	\$ 1.620.416,00	\$ 1.553.867,55	\$ 66.548,45	10,00	\$ 665.484,5
Total retroactivo diferencia pensional							5.717.311,41

Destacándose, que se autoriza a la demandada a descontar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, generados desde el momento en que se causó la mentada prestación económica.

En consecuencia, se MODIFICARÁ los numerales PRIMERO, SEGUNDO y CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional reconocida en favor del causante señor José Ángel Cárdenas Guayana (q.e.p.d.) para el año de 1991 asciende a la suma de **\$109.022,39** y que el valor del retroactivo pensional generado entre el 6 de noviembre de 2015 con corte al 30 de septiembre de 2022, corresponde a la suma de **\$5.717.311,41**, respectivamente.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca.

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 PRIMERO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y EN SU LUGAR DECLARAR

que el valor de la mesada pensional reconocida en favor causante José Ángel Cárdenas Guayana (Q.E.P.D.) para el año 1991 asciende a la suma de \$109.022,39, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA PARA EN SU LUGAR DECLARAR

que le asiste derecho a la demandante María Nelly Sulvara Triana al reconocimiento y pago, debidamente indexado, de la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida a José Ángel Cárdenas Guayana, en calidad de sustituta, teniendo como mesada pensional para el año 1991 \$109.022,39.

TERCERO: REVOCAR EL NUMERAL CUARTO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y EN SU LUGAR CONDENAR

a la demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca a pagar en favor de la demandante María Nelly Sulvara Triana el valor correspondiente al retroactivo pensional causados

desde el 6 de noviembre de 2015, atendiendo la prescripción declarada, y con corte al 30 de septiembre de 2022 por valor de \$5.717.311,41, mayores valores que deberán indexarse conforme al IPC certificado por el DANE para el momento del pago.

A su vez se autoriza a la demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, para que realice los descuentos respectivos con destino al sistema general en salud.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de julio de 2021, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca.

Esta decisión se notificará por edicto.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NELLY ESPERANZA CHAPARRO MORENO contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 110013105 011 2019 00546 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Angélica María Cure Muñoz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional No. 369.821 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

En esta instancia se recibieron los alegatos presentados por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A.

COLPENSIONES, manifestó que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la parte demandante, por cinco razones, i) la demandante se encuentra en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; ii) no obra prueba que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; iii) la carga de la prueba a de recaer sobre el demandante y no la demandada; iv) el deber de información de los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado; y v) la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

PORVENIR S.A., argumentó que tanto el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como su afiliación a la AFP Porvenir S.A., se realizó de manera libre, voluntaria y consciente. Lo anterior, tal y como se lee del formulario de afiliación y cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de libertad de afiliación. Así mismo, no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP Porvenir S.A se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La señora Nelly Esperanza Chaparro Moreno, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A., y posteriormente a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES en diciembre de 1987, hasta febrero de 2001. Que se trasladó a Protección S.A., en mayo de 2002 y en abril de 2011 a Porvenir S.A., advirtiéndole, que en los traslados efectuados, no fue asesorada o informada por dichas entidades, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen; y por último, que presentó solicitudes antes las demandadas para retornar al régimen de prima media, siendo negadas.

Como fundamento normativo, citó el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los artículos 13, 20, 48, 64, 78, 80 y 272 de la Ley 100 de 1993; así mismo como fundamento jurisprudencial trajo a colación las sentencias SL9519-2015, SL1236-2014, radicados No. 33083, 31989 y 68852.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizar. Dicha manifestación estuvo de voluntad, firmar el formulario, estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. 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 y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que cumplió con el deber de información que le era oponible para la fecha en que se realizó el traslado horizontal. 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.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del proceso no obra prueba alguna de que efectivamente a 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 del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de noviembre de 2021, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por la demandante Nelly esperanza Chaparro Romero a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** en mayo del año 2002 y a su vez el celebrado con la **AFP PORVENIR S.A.** en el año 2011 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la demandante **NELLY ESPERANZA CHAPARRO MORENO** nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima

media con prestación definida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR** sociedad con la cual la actora mantiene en la actualidad vigente su afiliación y trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil los gastos de administración conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a admitir el traslado de la demandante **NELLY ESPERANZA CHAPARRO MORENO** con sus aportes al régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustentó las excepciones propuestas por la pasiva de conformidad con lo expuesto en la parte motiva la presente sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a las dos entidades que pertenecen al régimen de ahorro individual con solidaridad, a saber, **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **AFP PORVENIR S.A.** a razón de **\$500.000** cada una, líquidense por Secretaría; en la suma total de **\$1.000.000**, valores que se estiman las agencias en derecho y en conformidad con los argumentos normativos mencionados en la parte motiva de esta providencia

SÉPTIMO: CONSULTAR esta decisión a favor de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** ante la Sala de decisión laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá en caso de no ser apelada.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993 se estableció el derecho que le asiste a los trabajadores y demás afiliados del Sistema de Seguridad Social de escoger libremente algún u otro régimen; así mismo, señaló que, de conformidad con la doctrina adoptada por nuestro órgano de cierre, entre ellas SL4964-2018 y SL1452-2019, se ha sostenido el deber de las administradoras del buen consejo, sin que dentro de las diligencias se hubiese acreditado ello; de igual forma, analizó que la carga de la prueba en el asunto se le atribuía a las administradoras.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, en cuanto manifestó que no existían razones fácticas

o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de la parte actora, como quiera que esa decisión fue realizada por la demandante de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley para la época, precisó, que la obligación del buen Consejo, la doble asesoría e incluso la de desincentivar la afiliación, eran obligaciones que surgieron con posterioridad al traslado del caso; expuso que conforme con la manifestado por la actora en interrogatorio de parte no realizó comparaciones con otros fondos pensiones, no realizó preguntas al momento de firmar el formulario y tampoco hizo uso de los diferentes medios de comunicación a efectos de requerir la información por lo que se avizora el incumplimiento del deber de debido cuidado en sus propios negocios; así mismo, recurrió la decisión de primera instancia, en la medida que no se ordene el retorno de los cobros de cuota de administración al tener una destinación específica y sin que se encuentren en el patrimonio de la entidad

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, para que se revoque la decisión, la considerar que la demandante es quien tiene la carga de demostrar sus supuestos de hechos, y sin que ello, hubiere así quedado acreditado; adicionalmente, y puntualizó, que la condena en costas y agencias en derecho, representa para el Fondo un detrimento patrimonial.

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, he 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 Protección S.A., el 1 de mayo de 2002, y traslado de Protección S.A. a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., el 1 de abril de 2011, apreciándose que en la primera de ellas se registra en uno de los acápite denominados voluntad del afiliado lo siguiente: *“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.”*

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que en el año 2002 se afilió a la AFP Protección S.A., se posesiono junto con alrededor de 200 personas en la Secretaría de Integración Social, en donde los asesores de la AFP les manifestó que el ISS se iba a acabar y que perdería sus aportes, también que podía tener una pensión más alta con ellos, y de forma anticipada y firmó el formulario de afiliación. La motivó realizar el cambio la información que le suministró el asesor, no se dirigió al ISS para verificar esto, sino que confió en lo dicho por la asesora, ya que para la época estaba pendiente de su familia y trabajo.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, 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."

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.

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:

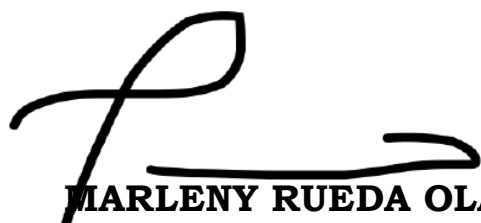
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALBERTO ENRIQUE DE LA BARRERA DIAZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 014 2019 00572 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que el juez primigenio no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno a los actor o negocios jurídicos celebrados entre el actor y la AFP, los cuales producen efectos inter partes, esto de conformidad al artículo 1602 del Código Civil.

Por su parte la apoderada de PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia proferida, al considerar que el juez de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida de que la AFP cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no le exigían una información en los términos reclamados en la demanda.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a dicha AFP trasladar a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 12 de febrero de 1954; que inició su aporte en pensional al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el año 1993; que en septiembre del año 1998, se encontraba trabajando en la Contraloría Departamental de Bolívar, cuando se trasladó a Porvenir S.A, posteriormente en el año 1999 a Protección S.A., y finalmente al ingresar nuevamente a laborar con dicho empleador regreso a Porvenir S.A., sin que se le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su derecho pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el Decreto 3466 de 1982, la Ley 1328 de 2009 las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 46292, 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 se encuentra válidamente afiliado al RAIS, por cuanto suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP,

responsabilidad SUI GENERIS, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante con la AFP es un acto jurídico existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, documento que se realizó de forma libre y espontanea. 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 y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de la totalidad de los aportes a porvenir.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia el 17 de mayo de 2022, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante el señor ALBERTO ENRIQUE DE LA BARRERA DIAZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el

traslado y por tanto siempre estuvo afiliado al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente afiliado el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Debiendo igualmente la AFP PROTECCION S.A., donde estuvo vinculado, devolver a COLPENSIONES los valores que cobro a título de cuotas de administración.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado entre otras en sentencias 1688 de 2019, 4811 de 2020; que se genera tal consecuencia para el afiliado del sistema de pensiones ante el incumplimiento del deber de información de las Administradoras de Pensiones en tanto estas legalmente se encuentran obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado de manera, clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes de pensiones; sentando como reglas jurisprudenciales que no es un deber exclusivo para las personas que tienen un derecho consolidado, sino que es predicable en todos los eventos y en caso de que el afiliado aduzca que no recibió la información completa y suficiente, dicha información invierte la carga de la prueba a las AFP.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó para el año 1998, toda vez que la decisión tomada por el actor se realizó consciente y espontanea, prueba de ello es la suscripción del formulario el cual cumplía con los requisitos establecidos por la ley; la cual fue precedida de información completa y necesaria establecida para la época del traslado; por otro lado precisó que en lo referente a la devolución de rendimientos y gastos de administración se aparta de dicha condena, ya que

no resulta coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial respecto de la condena de devolver lo descontado por cuotas de administración, al considerar que dicho concepto corresponde a comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual conforme lo establecido por la ley, y el realizar dicho traslado se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, de recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez; descuento que se realiza en ambos régimen pensionales de conformidad con la ley y están sujetos al fenómeno de la prescripción.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en su totalidad, en virtud de que en el expediente no obra prueba alguna que se esté en presencia de un vicio en el consentimiento, consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, por otro lado se está frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el actor y los fondos privados por no tratarse de un error dirimente o de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación judicial.

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, he procedido 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 23 de septiembre 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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 la 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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de mayo de 2022, 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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ MARINA MARTINEZ GIL
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 014 2021 00022 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la partes demandadas Protección S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que en el presente caso se realizó con plena voluntad de la actora, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario para efectuar dicho traslado, esto de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Por su parte demandante solicita se confirme la sentencia recurrida, al considerar que la decisión se sustentó en los parámetros que ha venido

estableciendo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones son completamente aplicables.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a dicha AFP trasladar a Colpensiones las sumas de dineros, bonos, cotizaciones, sumas adicionales por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de octubre de 1960; que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Caja Nacional de Previsión- CAJANAL, desde el 16 de septiembre de 1982 hasta el 2 de junio de 1994; que el 7 de febrero de 1995 se trasladó a la AFP Protección S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado información completa, clara, veraz, oportuna, técnica y adecuada para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política, los artículos 13, 52, 271, 59 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 1509, 1603 y 1746 del Código Civil, el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009.

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 actora de manera voluntaria, consciente y sin presiones se afilío a Protección SA., además de ello se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS, sugerir un

juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante con la AFP es un acto jurídico existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, documento que se realizó de forma libre y espontanea. 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 y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de la totalidad de los aportes a porvenir.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia el 19 de mayo de 2022, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante la señora LUZ MARINA MARTINEZ GIL, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P PROTECCION S.A. Señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCION S.A., donde se encuentra actualmente afiliada el demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: RELEVARSE del estudio de la prestación impetrada de manera subsidiaria.

*QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas.
Tásense.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado entre otras en sentencias 1688 de 2019, 4811 de 2020; que se genera tal consecuencia para el afiliado del sistema de pensiones ante el incumplimiento del deber de información de las Administradoras de Pensiones en tanto estas legalmente se encuentran obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado de manera, clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes de pensiones; sentando como reglas jurisprudenciales que no es un deber exclusivo para las personas que tienen un derecho consolidado, sino que es predicable en todos los eventos y en caso de que el afiliado aduzca que no recibió la información completa y suficiente, dicha información invierte la carga de la prueba a las AFP.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actor y Protección, los cuales tienen efectos inter-partes, por lo que la entidad no puede ser ni beneficiada ni perjudicada con la decisión de declarar la ineficacia de traslado, por lo que solicitó no se condene a recibir a la demandante en el RPM, toda vez que se vería afectado el equilibrio del sistema pensional.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial respecto de la condena de devolver lo descontado por cuotas de administración, al considerar que dicho descuento se descontó de la cuenta de ahorro individual por dicho concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exequible, aplicable y vigente, las cuales se encuentran canceladas y causadas durante la administración de los dinero de la cuenta, descuentos que también se realizan en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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, he procedido 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 Protección S.A, el 7 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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 lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y

liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de mayo de 2022, 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


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OSCAR AVENDAÑO CRUZ
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS
PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS
COLFONDOS S.A. y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTIAS SKANDIA S.A.

RADICADO: 110013105 015 2020 00480 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media

administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual. En el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que el demandante fue informado por el fondo al que se encuentra afiliado el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención (sic) de ocasionar un daño la indujo al traslado.

I. ANTECEDENTES

El señor Oscar Avendaño Cruz, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., Skandia S.A, Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que en enero de 1988 se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones y comenzó a efectuar cotizaciones con el Seguro Social; que en el año 1995 se trasladó a la AFP Colfondos; que en 2007 con visita del asesor de la AFP Skandia firmó formulario de afiliación. En 2008 cambió su afiliación a la AFP Porvenir. Finalmente, en mayo de 2009 cambió su afiliación a la AFP Skandia.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58, 83, 150, 271 y 335 de la Constitución Política; artículos 3, 11, 13, 21, 31, 60, 90, 91, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 23 de la Ley 797 de 2003; artículo 21 de la Ley 795 de 2003; artículo 3, 9 y 11 de la Ley 1328 de 2009; artículo 2 de la Ley 1748 de 2014; artículo 3 del Decreto 2071 de 2015; Circulares

externas 029 de 2014 (numeral 3 capítulo I título III parte III) y 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; artículos 4, 5, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; artículo 174 y 177 Código de Procedimiento Civil; artículos 13, 60, 61, 145 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 63, 963, 1502, 1508, 1523, 1524, 1603, 1604, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil; artículos 97 y siguientes del Decreto 663 de 1993; artículo 2, 3, 5 y 7 del Decreto 2241 de 2010; artículo 3 del Decreto 2071 de 2015; sentencias SL radicados 31314 de 2008, 31989 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 17595 de 2017, 4689 de 2018, 4964 de 2018 y 1452 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 afiliación efectuada por la demandante con la AFP en comento fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia alguna, por lo tanto sería inapropiado emitir conceptos favorables o desfavorables en relación con un acto jurídico en el cual la entidad no fue parte, precisándose que esta administradora no ha vulnerado derecho alguno a la accionante, pues la única eventual falta que se le endilga es no haber aceptado la solicitud de traslado y/o nulidad, pasando por algo que es el juez del trabajo el único competente para determina la validez y/o eficacia del traslado, si las circunstancias narradas por el demandante en el escrito de demanda pueden considerarse como una violación al deber de información o si se configuró algún vicio en el consentimiento al momento de firmarse el formulario de afiliación. Propuso entre otras las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante al momento de afiliarse con la AFP venía de estar afiliado en Colfondos (para el año 2007) y en Porvenir (para el año 2009) por ende ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante (por la situación de las AFPs mencionadas). Propuso entre otras las excepciones de Skandia no participó

ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que las administradoras aquí convocadas sí brindaron a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración, comisione y seguros previsionales.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que recibió el traslado horizontal de buena fe y en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, goza de completa validez pues se informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que este tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. 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.

MAPFRE, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones aducidas en la demanda, adujo que el acto de cambio de régimen, atendiendo las regulaciones normativas acerca del derecho a la información sobre el particular que en la respectiva época regían a la AFP Colfondos S.A., presumimos que cumplió a cabalidad con lo que le correspondía. El demandante tomó la decisión de elegir el régimen pensional en el que quería estar. Nadie más que él podía estar enterado de sus expectativas e intereses. Propuso entre otras las excepciones del acto jurídico de afiliación al RAIS y el de su posterior traslado a otras AFPs fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad” sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A, prescripción de la acción de nulidad, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de abril de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante OSCAR AVENDAÑO CRUZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLFONDOS el día 2 de mayo de año 1994 como consecuencia de lo anterior ORDENAR al fondo SKANDIA donde actualmente se encuentra afiliado el señor demandante traslade los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y que ya se encuentran acreditados en el bono pensional a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a esta a que reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiese trasladado como consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la AFP PORVENIR y a la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA SA de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y sobre estas declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación.

TERCERO: NO CONDENAR EN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada a naturaleza jurídica de COLPENSIONES y la orden que se le da de recibir a la afiliada, se remitirán las diligencias al Superior para que la revise en el grado jurisdiccional de Consulta.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el deber de información es ineludible, ya que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre el futuro pensional y que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente, pues la carga de la prueba está en cabeza de los fondos de demostrar ese deber de información, por lo cual en este caso hay lugar de declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que se pudo establecer que se le brindó información al momento del traslado a Colfondos S.A y que el mismo sí tenía conocimiento de las características del régimen escogido tan es así que se trasladó horizontalmente a fondos del mismo régimen, que de acuerdo a la jurisprudencia son considerados como actos de relacionamiento que no podían pasarse por alto al momento de determinar la ineficacia del traslado. Por otro lado, respecto al no traslado de los gastos de administración hay que indicar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 ha determinado que la declaratoria de la ineficacia se trata de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz a través de restituciones mutuas que deben hacer los contratantes, en otros términos, la sentencia que declara la ineficacia tiene efectos retroactivos y en virtud de ellos cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión al negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que éste no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había lo rompió tal providencia, ahora el restablecimiento debe ser pleno o completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abanados al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, también el porcentaje de seguros previsionales y gastos de administración.

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, he procedido 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 2 de mayo de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que se encontraba trabajando en una compañía que es del Grupo Santo Domingo, en el año 1994, este Grupo creó Colfondos S.A. Varios fondos realizaron visitas a la compañía, él no pudo estar en todas las visitas. Tuvo una entrevista con la asesora de Colfondos S.A, una charla de 10 a 15 minutos,

donde ella le habló de las nuevas disposiciones del gobierno sobre la creación de las AFP y sobre la continuidad del Seguro Social que estaba en riesgo de reestructurarse y desaparecer.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, 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."

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, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración.

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 PRIMERO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 28 de abril de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida 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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLADYS RIVERA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 017 2018 00540 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

DEMANDANTE, argumenta que es deber de las Administradoras de Pensiones demostrar que existió en primer lugar una asesoría puntual frente al cambio de régimen pensional, y en segundo lugar demostrar que durante la asesoría esa información que se brindó, con la cual se asumió la determinación de traslado pensional fue adecuada, fue idónea, que no existió omisión alguna que fragmentara o desvirtuara la realidad de lo que se estaba vendiendo o diciendo. Que como se evidencia dentro del curso procesal no existió por parte de la AFP prueba documental, a través de la

cual se demostrara el suministro de esta información, en donde se estableciera claramente los comparativos de las eventuales mesadas pensionales entre uno y otro régimen, no está la información aquella que le indicaba que sus aportes pensionales o su eventual mesada pensional podría disminuir o afectarse o afectarse si el Fondo Pensional presentaba pérdidas; tampoco reposaba aquella información en donde se le indicaba que su pensión no se media por el valor de su salario sino por los valores que tuviera ahorrado.

I. ANTECEDENTES

La señora Gladys Rivera, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el inicio de su actividad laboral estuvo vinculada legalmente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el día 24 de junio de 1994, día en que suscribió formulario de afiliación y cambio de régimen con la AFP Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5, 6, 13, 23, 29, 53, 209 de la Constitución Política; artículo 11, 12, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993; Decreto 665 de 1994; Decreto 3486 de 1982; Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; Ley 1328 de 2009; Ley 1480 de 2011.

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 dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP Porvenir, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con

probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de 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 al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que a la fecha de la vinculación el 24 de junio de 1994 al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se le suministró toda la información requerida sobre las características y diferencias entre el RAIS y el RPM. Posteriormente, la demandante en ejercicio de la libre selección se trasladó a la AFP ING –hoy Protección S.A.- donde permaneció vinculada entre el 01 de diciembre de 2000 al 31 de mayo de 2003, para, posteriormente, trasladarse a Porvenir S.A el 10 de abril de 2003 donde permanece a la fecha. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe, compensación.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante a Protección S.A. constituye un acto jurídico plenamente válido, emanado de la voluntad de la misma y del cual nacieron obligaciones para ambas partes. 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 y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de la totalidad de los aportes a porvenir.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de abril de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, prescripción, imposibilidad de condenar en costas a Colpensiones; lo anterior por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la Sra. GLADYS RIVERA identificada con la C.C. 51.724.885, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, administrado en su momento por Porvenir S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora GLADYS RIVERA se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de Colpensiones, y que esa entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación nuevamente, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante en esa entidad, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dineros efectuados por las otras AFPS, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, advirtiéndole a Porvenir S.A., que deberá también devolver los gastos de administración que en su momento descontó y que deberán ser asumidos por ella de su propio patrimonio.

QUINTO: CONDENAR a Protección S.A., a devolver también gastos de administración, que en su momento descontó, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio.

SEXTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral, velando porque se haga la devolución la totalidad de los dineros y autorizándola para que adelante las acciones de cobro necesarias en procura de obtener la devolución de todos los dineros.

SÉPTIMO: NEGAR la pretensión alusiva a imponer sanciones económicas Porvenir S.A., dadas las razones señaladas en precedencia.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho por valor de \$900.000 M/Cte., a cargo de cada.

NOVENO: SE DISPONE la CONSULTA de esta sentencia a favor de Colpensiones.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado que las AFP deben obtener el consentimiento informado, ya que dicho procedimiento garantiza que antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio el usuario comprenda las condiciones riesgos y consecuencias de su afiliación, por lo que el formulario de afiliación resulta insuficiente para

tener por demostrado que se cumplió en debida forma con ese deber de información, el cual ha sido reseñado por el legislador desde la Ley 100 de 1993 y posteriormente a través del Decreto 663 de 1993, norma por la cual se consagro el estatuto orgánico del sistema financiero colombiano.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que es claro que el deber de información no existía al momento de la afiliación de la demandante sino hasta el año 2014 se exigía esta obligación. Se castiga a la AFP obligando a devolver los gastos de administración y sumas adicionales, siendo esto un error teniendo en cuenta que las sumas adicionales se dan en el momento del reconocimiento pensional y es imposible en este caso ya que no hay un reconocimiento de pensión. De igual manera, no se demostró los vicios del consentimiento alegados.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial respecto de la condena de devolver lo descontado por cuotas de administración y primas de seguro, en su momento bajo la afiliación a Santander que tuvo la demandante, la comisión de administración no solo es un descuento autorizado por la ley sino que está además ordenada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, normas que de manera expresa están facultando a los fondos de pensiones a realizar este descuento. Al devolver estos dineros se está constituyendo un dinero sin justa causa a favor de Colpensiones, porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez y adicionalmente se le están trasladando los rendimientos financieros fruto de la buena gestión de administración realizada por las demandadas. Así mismo, no está de acuerdo respecto a que se reconozca lo que se giró por primas de seguro previsional, en atención a que, dicho porcentaje fue sufragado a una compañía de aseguradora que cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura de la vigencia de la póliza.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación respecto a la condena en costas, toda vez que es un tercero de buena fe dentro del proceso y no hizo parte del acto jurídico de afiliación de la señora

demandante al fondo privado y de igual forma frente a lo que indica la Ley 100 que la señora Gladys ya está dentro de los 10 años para cumplir la edad de pensión.

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, he 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 junio de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que se vinculó con Porvenir S.A. porque les dijeron que el Instituto del Seguro Social se acababa y si no se afiliaban a un fondo tendrían problemas con su pensión. Le informaron que ese era el único fondo que iba a reemplazar al Seguro Social. La razón por la que solicita el retorno al Régimen de Prima Media es porque considera queda mejor pensionada en Colpensiones que en los fondos.

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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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.

Ahora bien, en cuanto 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:

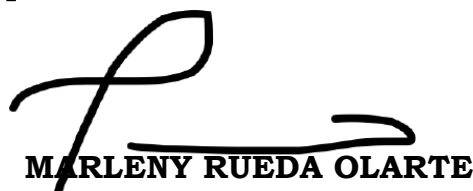
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NANCY BEATRIZ CARDOZO JOYA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

RADICADO: 110013105 020 2020 00184 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de enero de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., argumenta que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a dicho acto goce de plena validez.

COLPENSIONES, manifestó de conformidad con los hechos de la demanda en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

DEMANDANTE, argumenta que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que ella hubiese recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la Corte en la Sentencia 4462 de 2019, ya que las AFP tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

La señora Nancy Beatriz Cardozo Joya, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., Colfondos S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el 15 de noviembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1997 estuvo afiliada al Instituto del Seguro Social. Que para el mes de diciembre de 1997, cuando laboraba en la Fundación Santa Fe de Bogotá, los asesores de la AFP Porvenir le presentaron el nuevo régimen pensional, efectuando el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 de la Constitución Política; artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603 del Código Civil; Ley 100 de 1993; Decreto 656 de 1994; Decreto 720 de 1994; sentencias radicados 31989, 31314 de 2008, radicado 33083 de 2011, radicado 46292 de 2014, radicado 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que si brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliada. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

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 está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación realizada fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley

100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54ª del CPT, cuyo texto es el siguiente: “Hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la selección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir, para que sea la única que administre mis aportes pensionales, también declaró que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos.” Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de enero de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora NANCY BEATRIZ CARDOZO JOYA el 20 de diciembre de 1996 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada NANCY BEATRIZ CARDOZO JOYA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y COLPENSIONES EICE., a favor de la señora NANCY BEATRIZ CARDOZO JOYA. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: De ser o no apelada la presente decisión, envíese ante el superior H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con los artículos 13 literal b, 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral primero del Decreto 663 de 1993; artículo 167 del Código General del Proceso; artículo 1604 del Código Civil y principalmente la jurisprudencia

de la Corte Suprema de Justicia en sentencias radicados 31989, 31314 de 2008, radicado 33803 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 19477 de 2017, SL 4964, SL 1688 de 2018, SL 373 de 2021, la Corte ha indicado que cuando no hay libertad informada la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que no se probó dolo durante el proceso sino que Porvenir S.A. brindó una alternativa diferente a la demandante y ella haciendo uso de esa libertad de escogencia que le da la Ley escoge a la AFP para que sea la única que administre sus aportes pensionales. Manifiesta que cumplió con la obligación de allegar al expediente todas las pruebas que tenía en su poder para demostrar la validez de esa afiliación del año de 1996, sin embargo, se echa de menos el formulario de afiliación indicando que no es un documento que pueda informar o demostrar que efectivamente se brindó una información completa a la demandante. El formulario de afiliación nace en cumplimiento de un deber legal conforme al artículo 114 de la Ley 100 de 1993. En cuanto a los gastos de administración, manifiesta, no forman parte integral de la pensión vejez, por tanto no es un emolumento que le corresponda al afiliado y ninguno de los dos regímenes pensionales, generar esta devolución es lo mismo que generar un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, que en ningún momento hizo la buena administración que sí generó Porvenir S.A.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en el sentido que de trasladarse a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se afecta el principio de sostenibilidad financiera, además que no está respetando el mandato legal artículo 2 de la Ley 797 de 2003 el cual indica que no se puede trasladar una persona de régimen que le falten menos de 10 años para pensionarse y en este caso, la actora está dentro de esa prohibición legal sino que ya cumplió con la edad y con el tiempo de servicio, lo que hace que ya tenga un derecho adquirido con la AFP Porvenir S.A. o por lo menos tiene una expectativa legítima de pensionarse en el RAIS y por eso es el Régimen Privado el que debe reconocer la pensión. Respecto a la condena en costas solicita se absuelva.

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, he procedido 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 20 de diciembre de 1996.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que estando laborando en la Fundación Santa Fe, en el año 1996, en la oficina que se llamaba “De horarios” donde tenían que llegar a marcar turno, llegaron varios asesores de diferentes fondos privados a decir que el Seguro Social se iba a terminar, iban dando la información y llenando un formulario

diciendo que tenían que firmar. Ella solicitó si se podía llevar el formulario a su casa para leerlo, le dijeron que no y que si no firmaba se iba a quedar sin pensión.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Ahora bien, en cuanto 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: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA CONSULTA proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de enero de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida 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,


J. LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, positioned above the printed name.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ARNALDO DIAZ MEDINA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 020 2021 00346 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional

del demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la vinculación que realizó el 1 de julio de 2000 a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones los valores obtenidos en virtud del traslado tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 11 de febrero de 1961; que cotizó al sistema pensional con destino al Seguro Social desde el 10 de febrero de 1988 hasta el 30 de agosto de 2000; que el 1 de julio de 2000 se trasladó a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo pensional le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993, el artículo 1510 del Código Civil, el Decreto 656 de 1994, el artículo 21 del Código Sustantivo de Trabajo, el Decreto 2555 de 2010, el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la parte accionante no allega prueba, si quiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación, en la medida que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna . Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de

nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiesen hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) . Propuso las excepciones de 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, inexistencia del derecho, no configuración del derecho de pago de intereses y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 16 de junio de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor ARNALDO DIAZ MEDINA, el día 01 DE JULIO DE 2000, al FONDO PENSIONAL PORVENIRS.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP PORVENIRS.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado el señor ARNALDO DIAZ MEDINA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONESY AFP PORVENIR S.A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias enderecho una suma equivalente a TRES(3)Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

QUINTO: ABSOLVER a todas las demandadas de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra, conforme a lo expuestos.

SEXTO: CONSULTAR en caso de no ser apelada la anterior decisión, con el superior por haber sido adversa a los intereses de COLPENSIONES, entidad administradora de pensiones dela cual es garante la Nación.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con los artículos 13 literal b, 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral primero del Decreto 663 de 1993; artículo 167 del Código General del Proceso; artículo 1604 del Código Civil y principalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias radicados 31989, 31314 de 2008, radicado 33803 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 19477 de 2017, SL 4964, SL 1688 de 2018, SL 373 de 2021, la Corte ha indicado que cuando no hay libertad informada la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se comparte la no aplicabilidad de la prohibición legal contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, toda vez que a la fecha es una normativa que se encuentra vigente, así como también precisó que la entidad es un tercero de buena fe, ya que no tuvo nada que ver con la vinculación del demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; por otro lado solicitó se revoque la condena en costas en virtud de que tal decisión va en perjuicio económico a la entidad estatal.

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, he 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 afiliación a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 17 de agosto de 2000.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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.”

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, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Ahora bien, en cuanto 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: ADICIONAR EL NUMERAL TERCERO DE LA SENTENCIA CONSULTA proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de junio de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida 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


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORA INES RUBIANO RODRIGUEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 022 2020 00330 01

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

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 Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de octubre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de la que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, toda vez que al momento de la presentación de la demanda, la actora contaba con más de 50 años de edad, en consecuencia la entidad actuó ajustándose al régimen legal establecido.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, lo eventos previsto en el artículo

1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el mismo goce de plena validez.

Finalmente la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que no se demostró dentro del plenario por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., hubieses demostrado que brindo información precisa acerca de los efectos del traslado que estaba realizando, toda vez que no basta con la sola existencia de la firma puesta en el formulario de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a Colpensiones, todas las cotizaciones y rendimientos en la cuenta de ahorro individual, así como también se ordene al RPM reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad a los lineamientos de la Ley 100 de 1993.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 30 de octubre de 1963, que cotizó a la Caja de Previsión Social desde el 9 marzo de 1992; que luego de ello al liquidarse CAJANAL el 1 de enero de 1996 se vinculó al Instituto de los Seguros Sociales; que el 1 de marzo de 1996 se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, los artículos 1494 y 1602 del Código Civil, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y la Ley 1748 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubieses hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza

o dolo) . Propuso las excepciones de 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, inexistencia del derecho, no configuración del derecho de pago de intereses y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación efectuada por la actora en el año 1995 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 6 de octubre de 2022, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por DORA INES RUBIANO RODRIGUEZ identificada con cc.20.492.185 al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido 01 de marzo de 1996 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

*SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliada DORA INES RUBIANO RODRIGUEZ identificada con cc.20.492.185 a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, debidamente indexado, conforme quedaron explicado en esta providencia
MCI*

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

*CUARTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A a la suma de \$1 SMLMV
QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSÚLTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia han defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección

social tienen el deber proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad implica dar a conocerlas diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, señaló que en cuanto al simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación se ha dicho que no es suficiente para demostrar ese deber de información, resaltó que la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia al considerar que se desconoce la autonomía de la voluntad con la que cuenta la parte actora, la cual ejerció en el año 1995, vulnerando de esta manera tres principios fundamentales como lo son la confianza legítima, la inescindibilidad de las normas y la sostenibilidad financiera, toda vez de que se está declarando la ineficacia del traslado a pesar de que existe la prohibición legal contenida en la ley 797 del 2003; por otro lado precisó que en caso de ser confirmada la sentencia de instancia se revoque la condena consistente en la devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que son unos rendimientos que se generaron por la buena administración de la Entidad que favorecieron el capital de la demandante, sin que se pueda dejar de lado lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y el Concepto de la Superintendencia Financiera del año 2020, que ha determinado que son emolumentos que no financian la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción; solicitó la adición de la sentencia en cuanto a las costas procesales en virtud del artículo 365 del Código General del Proceso también Colpensiones debe ser condenada.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se tuvo en cuenta que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, por encontrarse a diez años menos para cumplir la edad para adquirir su derecho pensional; indicó que en lo referente a la valoración

probatoria debe tenerse en cuenta que la parte actora no se hace el mínimo esfuerzo probatorio por señalar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la afiliación para que la AFP faltara a ese deber de información para dicho momento.

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, he procedido 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 afiliación a Porvenir S.A., el 11 de enero 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, suministro

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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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 la demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su

supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de inejecución. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Finalmente, en lo referente al argumento de Porvenir S.A., respecto a las costas procesales, se tiene que no es la legitimada para manifestar inconformidad en cuanto a la decisión de primer grado en lo tocante a la demandada Colpensiones y como quiera que se revisa la decisión también en grado de consulta a favor de esta última, no hay lugar a variar la absolución respecto de dicho rubro frente a esa demandada.

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 Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

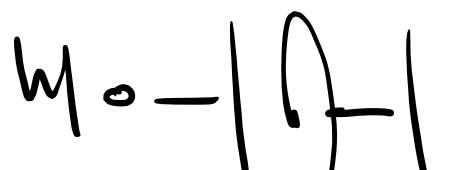
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por FLORENTINO RUGE BOLIVAR contra UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA.

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00329 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL

DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de julio de 2021 y coadyuvado por la apoderada judicial de la demandada Empresa de Licores de Cundinamarca.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado de la parte demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, quien solicito se revoque la decisión de primera instancia, en cuanto afirma que el actor no cumple con el requisito de tiempo establecido en el artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo para hacerse acreedor a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR SERVICIOS COMPARTIDOS CON OTRAS ENTIDADES ESTATALES, esto es, 15 o más años de servicios, de los 20 trabajados al Estado a 31 de marzo de 1995, puesto que el tiempo laborado por el actor a dicha data corresponde a 6 años y 18 días.

I. ANTECEDENTES

Solicita el demandante, el pago de su PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR SERVICIOS COMPARTIDOS CON OTRAS ENTIDADES ESTATALES establecida en la segunda premisa del artículo 59 de la convención colectiva de trabajo, retroactivo pensional, costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones en que prestó sus servicios para la CONTRALORIA DE CUNDINAMARCA dentro del período del 8 de marzo de 1989 al 19 de junio de 1991 y para la

EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA dentro del período del 26 de junio de 1991 al 30 de julio de 2010, para un total de tiempo de servicios a entidades estatales de 21 años, 4 meses y 18 días; señaló que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE LICORES, FABRICAS E INDUSTRIAS DE LICORES DE COLOMBIA – “SINALTRALIC” y la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, que cumple con los requisitos convencionales para tener acceso al derecho pensional establecido en el artículo 59 de la C.C.T.; y que la demandada le negó el beneficio pensional invocando para ello el artículo 63 de la C.C.T., argumentando que la Convención padece un error mecanográfico de transcripción, sin que este hubiere sido demandado a la fecha ni por la Empresa de Licores de Cundinamarca ni por el Sindicato en mención.

Como fundamento normativo citó los artículos 1, 55, 353 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, el artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo y el Decreto 456 de 1956. Así mismo, trajo a colación como fundamento jurisprudencial, las sentencias STP10309-2019, STC2019-01364, SL5311-2018, SL996-2019 y C-009-1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, dio contestación a la demanda, como se observa a folio 24 (CD- medio magnético), en donde se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumentó que el

actor no cumple con el requisito de tiempo establecido en el artículo 59 de la C.C.T., pues tan solo tendría acumulado como tiempo laborado en entidades estatales al 31 de marzo de 1995, 6 años y 18 días. Propuso como excepciones de mérito las denominadas: Inaplicabilidad de la segunda premisa del artículo 59 de la C.C.T., inexistencia e improcedencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido y la excepción genérica.

Por su parte, la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, dio contestación a la demanda, conforme se observa en el medio magnético, obrante a folio 24 del expediente, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, indicando que no procede la prestación que pretende la apoderada del actor del artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues señaló que el hecho de que el demandante laboraba para la Empresa de Licores de Cundinamarca, al 31 de marzo de 1995, no lo hace beneficiario de la pensión por servicios compartidos, pues ello, no se compadece con la voluntad de las partes suscriptoras de la Convención Colectiva de Trabajo, en razón que la fecha allí contenida es fruto de un error de transcripción y no de la negociación colectiva, máxime que al efectuar una lectura integral de la convención específicamente del Capítulo XII, “PRESTACIONES SOCIALES CONVENCIONALES” artículos 58 a 62, se establece que las pensiones allí contenidas se restringen a aquellos trabajadores que habiendo cumplido los requisitos convencionales hubieren estado al servicio de la Empresa al 31 de marzo de 1985, de conformidad con lo estipulado en el artículo 63 ibídem. Por lo anterior, precisó,

que el señor Florentino Ruge Bolívar, al haber ingresado a laborar con posterioridad al 1 de abril de 1985, se encuentra sujeto a lo que disponga la ley para efectos pensionales, según se establece del parágrafo de la norma en comento. Propuso como excepciones de mérito las que denominó: falta de causa por activa e inexistencia de los derechos pretendidos, buena fe patronal, cobro de lo no debido y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de julio de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR a la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** expedir el acto administrativo a través del cual ordene el reconocimiento y pago de la pensión convencional prevista en el artículo 59 Convención Colectiva de 1997 - 1999 suscrita entre la Empresa de Licores de Cundinamarca y la Organización Sindical **SINALTRALIC** - Subdirectiva Cundinamarca, en favor del demandante **FLORENTINO RUGE BOLÍVAR**, a partir del 1 de agosto del 2010, en cuantía inicial de \$4.791.783, juntos con los reajustes de ley, y dos mesadas adicionales por año, mesadas que deben reconocerse debidamente indexadas, desde la fecha de su causación a la fecha de su pago. Prestación que deberá cancelarse únicamente a partir del 25 de febrero del 2017, con ocasión a la prosperidad de forma parcial de la excepción de prescripción, se debe pagar a través de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**.

Se autoriza a la demandada que del pago del retroactivo pensional, efectuar los correspondientes descuentos a salud y verificar el tema de la compatibilidad pensional.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada **EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA** de todas las pretensiones de la demanda.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de **PRESCRIPCIÓN** respecto de las mesadas causadas a partir del 25 de febrero del 2017 hacia atrás y **NO PROBADAS** las demás excepciones.

CUARTO: CONDENAR en costas a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA** a favor del señor demandante.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que revisadas las pruebas aportadas al proceso, pudo constatar que el demandante laboró para la Contraloría de Cundinamarca desde el 8 de marzo de 1989 hasta el 19 de junio del 91, tiempo equivalente a 2 años, 3 meses, 11 días, y para la Empresa de Licores de Cundinamarca desde el 26 de junio de 1991 al 30 de julio del año 2010, tiempo equivalente a 19 años, 1 mes, 4 días, para un total de servicios prestados para el Estado de *21 años, 4 meses y 15 días*, por lo que dedujo, que el demandante acredita el primer requisito, esto es, los tiempos de servicios previstos en la disposición convencional.

Igualmente, afirmó que, conforme a la certificación expedida por la Subgerente de Talento Humano de la Empresa de Licores de Cundinamarca, el actor acreditó que se encontraba al servicio de la empresa a 31 de marzo de 1995, demostrando de esta forma, el segundo requisito previsto para acceder a la pensión convencional.

A renglón seguido, estudió que no era posible considerar en este caso, que resultara aplicable el artículo 63 de la convención, ya que en relación con la pensión contemplada en la segunda premisa del artículo 59 convencional, se estableció una fecha de servicios a la entidad como un presupuesto para acceder a la prestación que corresponde a 31 de marzo de 1995, siendo éste el querer de las partes que suscribieron la convención 95, y en cuanto así quedó plasmado en la disposición y no pudiéndose entender que se tratara de un error de transcripción dado que no se ha

realizado modificación alguna al respecto, por lo que concluyó, que para este caso específico que no es posible entender que el demandante debía estar vinculado a la Empresa de Licores de Cundinamarca para el 31 de marzo de 1985. Como sustentó de su decisión refirió las sentencias SL5311-2018 y SL357-2021.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, solicitó la revocatoria de la sentencia, mencionando que las pensiones convencionales tienen un límite en el tiempo, tal como lo que hizo la Convención Colectiva de Trabajo pretendida, al recoger la voluntad de las partes en cuanto a beneficiar a aquellas personas que llevaban un tiempo laborado suficiente para acceder a esos beneficios convencionales, pues se cita el artículo 59, el cual expresa específicamente que cobija a quien preste sus servicios por 15 o más años de los 20 años, mínimo a 31 de marzo de 1995. Preciso que el demandante no da cuenta que a dicha data haya tenido ese tiempo laborado, puesto que el tiempo laborado a esa fecha fue de 6 años y 18 días, y, por tanto, no puede entonces entenderse y menos alegarse el principio de favorabilidad para que el beneficio se extendía de manera indefinida.

De igual forma, la apoderada de la demandada Empresa de Licores de Cundinamarca, presentó coadyuvancia al recurso presentado por el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca,

para indicar que se está desconociendo el criterio establecido por el máximo órgano en sentencia del 30 de septiembre de 2004, radicado 23389, en donde se precisó que no solo debía verificarse la pensión de jubilación bajo lo enunciado en el artículo 59 de la C.C.T., sino de igual forma, atendiendo lo enunciado en el artículo 63 de la misma, así como la voluntad de la Empresa y el Sindicato, quienes pretendían proteger a los trabajadores de la década de los 80 y no a posterioridad, por lo que solicitó se efectuara una valoración integral de las reglas contractuales y legales de la Convención.

V. 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 el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el actor laboró al servicio de la CONTRALORIA DE CUNDINAMARCA desde el 8 de marzo de 1989 hasta el 19 de junio de 1991 y de la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA desde el 26 de junio de 1991 hasta el 30 de julio de 2010, cumpliendo con 21 años, 4 meses y 15 días de tiempo de servicios a entidades estatales; y ii) que el señor Florentino Ruge Bolívar para el 31 de marzo de 1995 se encontraba vinculado con la Empresa de Licores de Cundinamarca.

Para el caso, la Sala deberá determinar si el requisito de vinculación con la empresa demandada planteado en la segunda premisa del artículo 59 del Acuerdo Convencional debe de ser causado al 31 de marzo de 1985 o al 31 de marzo de 1995.

Para resolver el problema jurídico planteado se tendrá en cuenta como marco normativo el contenido en la segunda premisa del artículo 59 de la Convención Colectiva suscrita entre la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA DE LICORES, FABRICAS E INDUSTRIAS DE LICORES DE COLOMBIA – “SINALTRALIC”, vigente entre el 1° de abril de 1997 hasta el 31 de diciembre de 1999, que determinó:

“Pensión de jubilación por servicios compartidos con otras entidades estatales: La empresa pensionará, sin tener en cuenta la edad del trabajador y con el noventa por ciento (90%) del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, a quienes hubieren laborado veinte (20) años con entidades estatales, siempre y cuando hubieren laborado diez (10) de ellos con la Empresa, sin embargo, si el trabajador hubiere laborado con la Empresa quince (15) años o más de los veinte (20) años servidos al Estado, tendrá derecho a una pensión de jubilación igual al noventa y dos (92%) por ciento del promedio salarial del último año, siempre y cuando hayan estado al servicio de la Empresa a 31 de marzo de 1995.”

Ahora bien, en lo que refiere a la situación planteada en la segunda premisa, que es la que nos atañe, la Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado, en decisión SL5311-2018, radicación No. 65371, infirió:

“Del texto de la cláusula transcrita se puede inferir diáfananamente, que la intención de las partes en la negociación colectiva fue preservar un régimen especial de pensiones para los trabajadores que se encontraran en las siguientes situaciones: i) una primera pensión de jubilación, sin tener en cuenta la edad del trabajador, correspondiente al 90% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, para quienes hubieren laborado 20 años con entidades estatales, siempre y cuando 10

de ellos los hubieren trabajado con la empresa, y *ii*) una segunda, para quienes hubieren laborado con la entidad 15 o más años, de los 20 trabajados al Estado, igual al 92% del promedio salarial del último año de servicios, sujeta, esta última, a una condición particular, esto es, que hayan estado al servicio de la empresa «a **31 de marzo de 1995**».

De modo que por ser esta última hipótesis la que gobernaba la situación pensional del actor, no tenía por qué acudir la segunda instancia al artículo 63 extralegal, cuando el propio canon 59 contenía inequívocamente las exigencias para acceder a la prestación reclamada, contrariando así el querer de las partes que celebraron el convenio regulador de las condiciones generales de trabajo, sobre todo si resultaba ser la más beneficiosa para el trabajador.

Así pues, leída de manera lógica, uniforme y completa, la única variable interpretativa admisible de la norma convencional, se comprende que el beneficio pensional aplicable al actor, está destinado a aquellos trabajadores vinculados al 31 de marzo de 1995, pues respecto de los demás, se previó la aplicación del artículo 63 convencional, tal como lo concluyó esta Sala dentro de un proceso adelantado contra la misma entidad, en la sentencia CSJ SL, 30 sep. 2004, rad. 23389, al analizar las mismas cláusulas que aquí se discuten, en la que se dijo:

[...] no resulta válido el razonamiento del Tribunal que apunta a considerar que el citado artículo 59 regula íntegramente la materia, pues lo que allí se dispone se ve afectado por lo establecido en otras normas que, sin lugar a equívocos, gobiernan los derechos que ese artículo consagra, como acontece con el artículo 63 de la convención colectiva, al cual no le hizo producir efectos ese fallador, que con toda nitidez establece: “ A los beneficios sobre pensiones de que tratan los artículos precedentes sólo tendrán derecho los trabajadores que habiendo cumplido los requisitos convencionales hubieren estado al servicio de la Entidad, al 31 de marzo de 1985”.

Analizada de manera sistemática la convención colectiva, es forzoso concluir que la anterior norma debe aplicarse a los derechos pensionales establecidos en los artículos 58, 59, 60, 61 y 62, en cuanto crean beneficios sobre pensiones y son normas anteriores al reseñado artículo 63.

Y si ello es así, para acceder al derecho pensional que se consagra en la primera de las hipótesis fijadas en el artículo 59, se requiere haber estado al servicio de la empresa el 31 de marzo de 1985. Y la aplicación del citado artículo 63 no ofrece duda u oscuridad, pues ésta eventualmente se presentaría en relación con la segunda hipótesis prevista en el citado artículo 59, frente a lo que consagra el 63, al exigir éste haber estado al servicio de la empresa accionada al 31 de marzo de 1985, al paso que aquél, según su tenor literal, el 31 de marzo de 1995, pero, se repite, en relación con el segundo derecho que se establece allí, al cual no aspira el actor.

Pero, en ese orden de ideas, la presunta dificultad interpretativa no se presenta en tratándose del primer supuesto, esto es, el aplicable al demandante.

Así, el Tribunal cometió los desaciertos que le enrostra la censura pues, se itera, al entrar a examinar si había lugar al reconocimiento de la prestación en litigio, aplicó el artículo 59 convencional, en relación con la acumulación de los tiempos de servicio a entidades del Estado, así como los beneficios que dicha normativa extralegal ofrece en cuanto al tiempo y edad, pero al tiempo acudió al artículo 63 del mismo texto convencional, para establecer

que «sin ningún tipo de excepción», el mismo dispuso que el requisito era haber «estado al servicio de la entidad al 31 de marzo de 1985», intelección que no se acomoda a su tenor literal, teniendo en cuenta que de su texto, efectivamente se desprende que cuando se trata trabajadores que hubieren laborado por más tiempo con la empresa -15 o más años de los 20 servidos al Estado-, como es el caso del impugnante, tendrían derecho a la prestación, siempre y cuando hubieran estado al servicio de la misma a 31 de marzo de 1995.

En efecto, no es otra la interpretación que se le puede dar a dicho artículo, máxime que con claridad se advierte, que la intención de las partes al suscribir los instrumentos convencionales con vigencia para los años 1995-1997, que militan a folios 178 a 209, ibídem y 1997-1999, visible a folios 77 a 105, ibídem, fue beneficiar a quienes se vincularon con posterioridad a la suscrita para el período 1991-1993, porque de lo contrario, no habrían introducido en el nuevo acuerdo, la cláusula que estipuló la fecha de vinculación al año de 1995, para ser acreedor a la pensión extralegal. En otros términos, la Sala entiende que la voluntad de las partes fue extender el beneficio de la pensión convencional a quienes se encontraban vinculados para ese año, querer que no fue objeto de modificación alguna e incluso, tampoco podría pensarse que se trató de un error de transcripción, pues según se puede corroborar con la documental de folios 21 a 31 del plenario, que hace parte integral de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el lapso 1997-1999, solo fueron rectificadas las cláusulas «28, 35, 30, 31, 38, 53, 54, 70, 87».

De conformidad con lo precedentemente expuesto, y sin encontrarse en discusión que el demandante cumplió con 21 años, 4 meses y 15 días de servicio a favor de entidades estatales, entre el 8 de marzo de 1989 al 19 de junio de 1991 y entre el 26 de junio de 1991 al 30 de julio de 2010, siendo más de 15 años a favor de la Empresa de Licores de Cundinamarca, específicamente, 19 años, 1 mes y 5 días (26/06/1991 a 30/07/1991), y que para el 31 de marzo de 1995 se encontraba vinculado con la Empresa de Licores de Cundinamarca, se infiere sin lugar a equívocos de estos supuestos fácticos que el demandante acredita los requisitos de tiempo y vinculación, exigidos para la causación del derecho pensional pretendido, conforme lo así lo determino el *a quo*.

En forma previa a entrar a analizar el valor de la primera mesada determinada en primera instancia, debe

recordarse que aunque el derecho a la pensión no prescribe si prescriben las mesadas pensionales y en esa medida como la demandante presentó reclamación ante la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca el 25 de febrero de 2020, con ello se interrumpió el término de prescripción, tal y como se señaló por *al quo*, siendo que la demanda se presentó el 8 de octubre de 2020, razón por la cual la pensión convencional procedía a partir del 25 de febrero de 2017, tal y como de igual forma se señaló por el Juzgador de primera instancia.

De igual forma, en los términos del parágrafo sexto del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante tiene derecho al reconocimiento de 13 mesadas al año, ya que su mesada pensional resulta ser superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así, se solicitó apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la primera mesada pensional, encontrando lo siguiente:

Primera Mesada Pensional		
<i>Ingreso Base Liquidación</i>		\$ 5.208.460,00
<i>Porcentaje aplicado</i>		92%
<i>Primera mesada</i>		\$ 4.791.783,20
<i>Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año</i>	<i>2010</i>	\$ 515.000,00

En ese orden, se advierte que el valor de la primera mesada pensional coincide frente a la determinada por el *a quo* por lo que se confirmara la decisión en tal sentido;

adicionalmente, se dispondrá el pago del retroactivo pensional generado a partir del 25 de febrero de 2017 al 30 de septiembre de 2022, conforme los cálculos efectuados, y las que se sigan causando, así:

▪ **Cálculo del retroactivo de las mesadas pensionales**

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 4.791.783,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 4.943.683,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 5.128.082,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 5.253.207,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 5.355.119,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 5.551.116,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 5.926.927,00	0,00	\$ 0,0
25/02/17	31/12/17	5,75%	\$ 6.267.725,00	11,20	\$ 70.198.520
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 6.524.075,00	13,00	\$ 84.812.975
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 6.731.541,00	13,00	\$ 87.510.033
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 6.987.340,00	13,00	\$ 90.835.420
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 7.099.836,00	13,00	\$ 92.297.868
01/01/22	30/09/22	5,62%	\$ 7.498.847,00	9,00	\$ 67.489.623
Total retroactivo				\$ 493.144.439,00	

Destacándose, que se autoriza a la demandada a descontar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, generados desde el momento en que se causó la mentada prestación económica.

En consecuencia, se MODIFICARÁ el numeral PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de indicar que el valor del retroactivo pensional generado entre el 25 de febrero de 2017 y el 30 de septiembre de 2022, corresponde a la suma de \$534.253.803, por 13 mesadas al año.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca.

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 **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de julio de 2021 en el sentido de indicar que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA deberá pagar a favor del actor la suma de \$493.144.439,00, por concepto de retroactivo pensional generado a partir del 25 de febrero de 2017 al 30 de septiembre de 2022, destacando que deberá continuar siendo liquidada mientras se siga causando hasta que se incluya en nómina al actor por 13 mesadas al año.

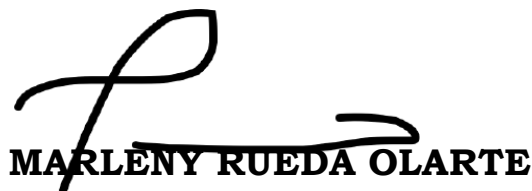
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de julio de 2021, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

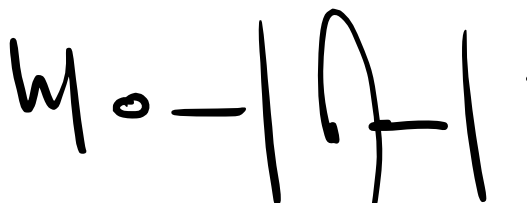
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN JOSE FILGUEIRA DUARTE contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 023 2021 00158 01

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

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 Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo privado, máximo si se tiene que para el año del traslado del actor, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, en consecuencia no procede la declaratoria de ineficacia, toda vez que lo que existió fue desinterés o descuido por parte del actor.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que por parte AFP se cumplió a cabalidad con las obligaciones que el correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a Colpensiones, el valor total de los aportes consignados en la cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y por consiguiente se ordene al RPM recibirlo válidamente como afiliado.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 3 de marzo de 1960; que realizó aportes al Instituto de Seguros Sociales del 6 de marzo de 1990 hasta el 30 de abril de 1999; que se trasladó a partir del año 1999 a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo se suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 el artículo 1746 del Código Civil, Constitución Política y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado número 31898 de 2008, 14552 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el actor se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la vinculación que realizó el actor es completamente valida, por cuanto se brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos para la toma de la decisión. Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda falta de requisitos formales, falta de competencia, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 2 de mayo de 2022, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante JUAN JOSE FILGUEIRA DUARTE, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO:CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JUAN JOSE FILGUEIRA DUARTE, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias dfe la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que el demandante JUAN JOSE FILGUEIRA DUARTE, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al regimen de prima media con prestación definida, hoy administrador por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

QUINTO CONDENAR EN COSTAS. A la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia fundacional radicado 31989 del año 2008, relevante en el asunto

ya que desde esa época, luego de analizar las responsabilidades especiales de las AFP concluye con la necesidad y la obligación de información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias jurídicas. Este criterio se ha venido ampliando en sentencias como SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, entre otras, donde la regla jurisprudencial identificable de las AFP es que deben suministrar al afiliado una información clara, completa, comprensible y oportuna respecto de características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del cambio de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia al considerar que pese a que existe un precedente jurisprudencial se debe analizar las particularidades de cada uno de los afiliados que pretenden la ineficacia del traslado; preciso que en el presente asunto existen elementos de juicio que permiten colegir que el actor recibió una información necesaria, clara y suficiente en los términos establecidos en la legislación para el año 1999; como lo es el documentos suscrito por el demandante y el interrogatorio de parte absuelto; por otro lado, señaló que resulta desproporcionada realizar la devolución de gastos de administración, rendimientos y sumas por seguro previsional, toda vez que son descuentos que se descuentan en ambos regímenes pensionales.

La apoderada de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, toda vez que no hay una expectativa legítima para el actor, así como también se encuentra inmerso en la prohibición legal que se encuentra consagrada en la Ley 797 de 2003, por lo que no le son aplicables las sentencias de la Corte Constitucional SU 130 de 2013 y SU 062 de 2010; resaltó que la simple manifestación de inconformidad de que el valor que podría recibir en el RPM sería superior al que recibiría en el RAIS, no constituye prueba de que el traslado efectuado fue realizado mediante engaño por una equivocada información por parte 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, he procedido 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 afiliación a Porvenir S.A., el 9 de febrero 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, suministro 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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.

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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de mayo de 2022, 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


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA EUGENIA BARRAZA MARTINEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 023 2021 00558 01

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

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 Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse, toda vez que debió solicitar su cambio de régimen el mismo día y mes del año siguiente a la expedición de la ley, pero solo lo hizo hasta el 26 de octubre de 2021, sostiene que la entidad debe someterse a lo ordenado por la Corte Constitucional en sentencia SU-130 de 2013.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que por parte AFP se cumplió a cabalidad con las obligaciones que el correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

Finalmente la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que se logró demostrar con las pruebas aportadas y prácticas en el proceso, que tiene derecho al traslado de régimen pensional por haber estado incurso en vicios en el consentimiento por parte de los fondos de pensiones demandados, toda vez que los mismos no lograron demostrar que suministraron la información oportuna al momento del traslado.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a Colpensiones, el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, así como también los gastos de administración y demás rubros que hubieses recibido a título de cotizaciones.

Sustento sus pretensiones, en que inicialmente cotizó al Instituto de los Seguros Sociales; que a partir de noviembre de 1999 se trasladó sin formación libre del consentimiento desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP Porvenir, toda vez que los asesores de dicho fondo no le proporcionaron las respectivas ilustraciones y/o informaciones propias que debe proveerse a un posible afiliado.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 17,36 y 141 de la ley 100 de 1993, los artículo 4 y 9 de la Ley 797 de 2003, los artículo 12 y 20 del Acuerdo 049 de 199 y las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

con radicados numero 31989 del 2008, 31314 del 2011, 331083 y 42289 de 2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado de la demandante del RPM al RAIS, se realizó de manera libre y voluntaria sin que la entidad tuviera injerencia en tal decisión. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

Mediante auto del 21 de abril de 2022, el Juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 6 de junio de 2022, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante MARIA EUGENIA BARRAZA MARTINEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONODOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARIA EUGENIA BARRAZA MARTINEZ, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que la demandante MARIA EUGENIA BARRAZA MARTINEZ, para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el superior, en razón que las prestaciones son adversas a COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia fundacional radicado 31989 del año 2008, relevante en el asunto ya que desde esa época, luego de analizar las responsabilidades especiales de las AFP concluye con la necesidad y la obligación de información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias jurídicas. Este criterio se ha venido ampliando en sentencias como SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, entre otras, donde la regla jurisprudencial identificable de las AFP es que deben suministrar al afiliado una información clara, completa, comprensible y oportuna respecto de características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del cambio de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia al considerar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP, comoquiera que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, con el cumplimiento de los requisitos legales para el año 1999; por otro lado señaló que en lo referente a la condena de gastos de administración y rendimientos causados, se aparta de la misma, toda vez que no resulta coherente de que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no y por tanto se va en contravía del artículo 897 del Código de Comercio y los conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia.

La apoderada de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que con la firma del formulario de afiliación se evidencia una voluntad de traslado por parte de la demandante que estuvo precedida de una información exigida para ese

momento; por otro lado precisó que no se evidencio que la actora se haya acercado en ningún momento previo a estar inmersa en la prohibición legal a ninguna oficina de la entidad con el propósito de trasladarse.

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, he 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 afiliación a Porvenir S.A., el 20 de septiembre 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, suministro

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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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.

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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de junio de 2022, 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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS MAURICIO MENDEZ BAUTISTA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 024 2019 00768 01

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

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 Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en el presente asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siguiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que el Juez primigenio al dictar la sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica,

entendiéndose que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y a la AFP Porvenir S.A y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión de declarar la ineficacia de traslado que el actor realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Finalmente la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia recurrida, toda vez que el Juez primigenio tuvo en cuenta los precedentes de obligatorio cumplimiento, en virtud de que no fue informado correctamente.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a Colpensiones, el valor total de los aportes consignados en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y por consiguiente se ordene al RPM recibirlo válidamente como afiliado.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 4 de mayo de 1960; que comenzó a cotizar al sistema de pensiones desde el 1 de junio de 1988 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrador por el Instituto de los Seguros Sociales; que en el mes de 2004 se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo le suministrara la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48, 53, 74 y 84 de la Constitución Política, los artículos 13, 14, 36, 271 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 del 2010, el Decreto 2555 de 2010 la Ley 1748 de 2014 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados número 31989 de 2008, 31324 de 2008, 12136 de 2014, 33083 de 2011, 19447 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que el demandante al momento de

suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, toda vez que recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso 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, precisó que la entidad no puede actuar en contra de las disposiciones legales, motivo por el cual y en virtud del principio de legalidad no puede activarse la afiliación del actor en el RPM. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 26 de mayo de 2022, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo el Dr. CARLOS MAURICIO MENDEZ BAUTISTA al RAIS a través de la AFP HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A el 05 de mayo de 2004, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el Dr. Carlos Mauricio Méndez Bautista nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del Dr. CARLOS MAURICIO MÉNDEZ BAUTISTA como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., es decir, lo que tenga el demandante en su cuenta de ahorro individual al momento que se haga efectivo su traslado, junto con los valores deducidos por concepto de gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir al señor CARLOS MAURICIO MENDEZ BAUTISTA, como su afiliado y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros que le debe trasladar la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme a lo motivado.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.

SEPTIMO: En caso que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional e CONSULTA ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.”

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. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que no se valoró en primera instancia que el consentimiento para su libre escogencia se materializo con la suscripción del formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso conforme así lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, así como también la AFP garantizó el derecho de retracto sin que el actor ejerciera dicha facultad; por otro lado precisó que no procede la condena de trasladar gastos de administración, por cuanto dichos emolumentos no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción, configurándose de esta forma un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se tuvo en cuenta

el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y la AFP Porvenir S.A., señaló que la declaratoria de ineficacia genera un acto impacto en la reserva presupuestal que se destina para los fines pensionales de la entidad, ya que dicha decisión vulnera la sostenibilidad financiera y aumenta el pasivo pensional de la entidad.

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, he procedido 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 afiliación a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., el 5 de mayo de 2004.

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, suministro 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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 la 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:

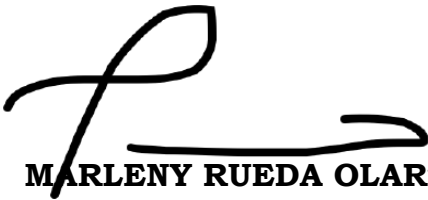
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NUBIA MERCEDES ABRIL CONTRARAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A.

RADICADO: 11001 3105 024 2020 00266 01

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

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 Porvenir S.A, Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de junio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en el presente asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siguiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que de las pruebas allegadas dentro del acervo probatorio y de los fundamentos facticos y jurídicos en la

demanda, es evidente que en el presente caso la señora Nubia Mercedes Abril Contreras, no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al suscribir los formularios de afiliación con Porvenir S.A., y Skandia S.A.

Finalmente la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia recurrida, al considerar que existe ausencia de prueba que condujera a verificar que la AFP Porvenir, hubiese brindado la asesoría e información necesaria completa, eficiente, eficaz, cierta y oportuna al realizar el cambio de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó a Porvenir S.A y Skandias S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dineros estuvieron en poder de las administradoras.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 12 de octubre de 1965; que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el inicio de su vida laboral, que el 30 de junio de 1994 se trasladó a la AFP Porvenir S.A; que el 17 de noviembre de 2015, se trasladó a Skandia S.A., sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó 48, 49, 53, 152 y 130 de la Constitución Política, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994, la Ley 100 de 1993 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado número 33083 de 2001, 54814 de 2018, 12136 de 2014, 4964 y 4989 de 2018, 68852 de 2019, 1689 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la señora Nubia Mercedes Abril Contreras suscribió formulario de vinculación se realizó de forma libre y voluntaria. Propuso como excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participo ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitado para el traslado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, 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, precisó que la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias del Régimen de Prima media con prestación definida. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que el demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, toda vez que recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La llamada en garantía MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., dio contestación mediante la cual manifestó que no le consta las pretensiones de la demanda, al considerar que son hechos totalmente ajenos a la normal actividad y el objeto social de la entidad. Propuso las excepciones del acto jurídico de afiliación fueron debidamente informados, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad, prescripción, legalmente

la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficiosa de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 3 de junio de 2022, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora NUBIA MERCEDES ABRIL CONTRERAS al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1994, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora NUBIA MERCEDES ABRIL CONTRERAS nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la señora NUBIA MERCEDES ABRIL CONTRERAS como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, lo que haya deducido de los aportes a pensiones por gastos de administración conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a recibir a la señora NUBIA MERCEDES ABRIL CONTRERAS, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEXTO:DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de acuerdo a lo esbozado en la parte motiva del presente proveído.

OCTAVO: DECLARAR PROBADOS los hechos sustento de la excepción propuesta por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., “SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.” CARECE DE AMPARO Y/O COBERTURA, PUES EL RIESGO OBJETO DE PROTECCIÓN ASEGURATIVA NO TIENE RELACIÓN CON JEL BOEJTO MAGTERIAL DE LAS PREGTENSIONES, SIENDO IMPROCEDENTE EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA REALIZADO FRENTE A “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A” y no probadas las demás, de acuerdo a lo esbozado en la parte motiva del presente proveído.

NOVENO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.

DÉCIMO: En caso de no apelarse la presenten sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA.

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. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que el traslado que realizó la demandante fue eficaz valido no se acredito la existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen pensional, toda vez que no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; resaltó que el documento de afiliación no puede restársele validez, en virtud de que mismo se encuentra contemplado en la ley; así como también en el interrogatorio de parte se puede establecer que se le brindó información por parte de la AFP y que dicho documento fue suscrito de forma libre y voluntaria; por otro lado solicitó que en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia no se condene a la devolución de gastos de administración, ya que los mismos son descuentos que se realizan en ambos regímenes pensionales y el devolverlos generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones y están sujetos a la prescripción al no financiar la pensión de vejez.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo referente a la devolución de gastos de administración, no solamente por el hecho de que en las pretensiones de la demanda la parte demandante solicita la devolución de los mismos a Porvenir S.A., y no a

Skandia S.A., toda vez que dichos descuentos se encuentran contemplados en el Decreto 3925 de 2008 que indica los emolumentos que deben trasladarse de un régimen sin que se encuentre en dicha normativa la devolución de gastos de administración, en armonía con la Ley 100 de 1993, dineros que no son destinados para financiar la pensión de vejez.

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, con fundamento en que en el presente asunto la parte actora no logro demostrar que hubiese existido un vicio en su consentimiento y comoquiera que se efectuaron múltiples traslados horizontales se permite establecer que la demandante tenía un conocimiento en cuanto a las consecuencias de permanecer en el RAIS.

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, he 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 afiliación Porvenir S.A., el 30 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, suministro 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, 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 la 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:

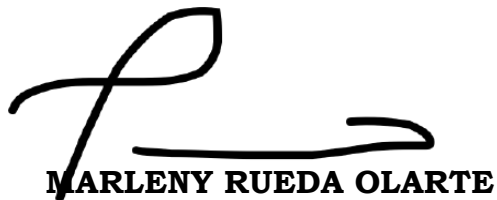
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de junio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

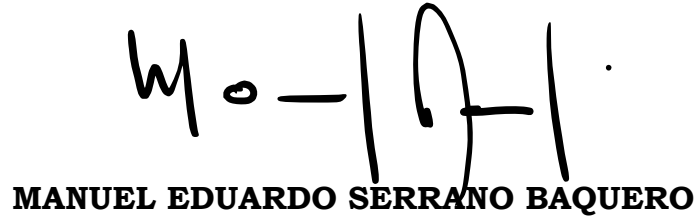
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SARA DEL
SOCORRO LARRAÑAGA DIAZ CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 025 2019 00507 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco

Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de septiembre de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de la parte demandante, en los cuales señaló que Colpensiones no tuvo en cuenta los aportes realizados por el empleador de la demandante CARLOS JOSE MONROY (Q.E.P.D.), en los periodos correspondientes a los meses de julio y agosto de 1999, adujo que estos aportes los tomó para pagar intereses dejados de pagar por dicho empleador en los meses de agosto de 1996 y abril de 1997, por lo que indicó que esto era una actuación ilegal y arbitraria por parte de la citada administradora de pensiones, en razón a que las normas vigentes y pertinentes prohíben tajantemente que se le traslade esta responsabilidad al trabajador de pagar aportes y/o intereses en mora no pagados por el empleador, más aun cuando la entidad contaba con los mecanismos para el cobro de los mismos, por lo que precisó, que con la sumatoria de dichos periodos la demandantes es acreedora del derecho pensional aquí pretendido.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el acto legislativo 01 de 2005, en consecuencia, se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el

retroactivo, indexación de las sumas, devolución de aportes, costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que nació el 4 de junio de 1956; que trabajo para el empleador Carlos José Monroy – Hotel del Parque de manera continua entre el 1 de marzo de 1995 al 18 de agosto de 1999, y posteriormente, entre el 1 de marzo de 2000 al 28 de febrero de 2001; que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que ha cotizado al sistema de seguridad social a corte 31 de agosto de 2012, un total de 1050,43 semanas.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 36, 151 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y el Acto Legislativo 01 de 2005, así mismo, trajo a colación la sentencia del 22 de julio de 2008, Radicado No. 34270.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por cuanto, el demandante no acreditaba los requisitos para acceder a la pensión bajo el régimen de transición, específicamente en lo referente a las semanas de cotización exigidas al 25 de julio de 2005 de conformidad con el acto legislativo 01 de 2005, precisando que al no haber lugar a la prestación solicitada tampoco había lugar al retroactivo e

indexación reclamada. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad sobre mesadas pensionales, inexistencia de relación contractual con empleador moroso, inexistencia cobro pre jurídico y calculo actuarial presuntivo, buena fe y la genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de septiembre de 2021, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que la señora SARA DEL SOCORRO LARRAÑAGA DÍAZ tiene derecho a la pensión de vejez por ser beneficiaria al régimen de transición desde el día 19 de julio del año 2016, más las mesadas adicionales y reajustes de ley, fecha en la cual había cumplido los requisitos para la misma, conforme a lo considerado en cuantía de \$905.000.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES al pago de intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la ley 193, los cuales se liquidarán a la tasa máxima, a partir del 19 de julio del año 2016 y hasta el momento de su pago.*

***TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones por lo motivado.*

***CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada COLPENSIONES con la suma de \$2.500.000.*

***QUINTO:** De no ser apelada la presente decisión, envíese a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”*

Como fundamento de su decisión argumentó que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, teniendo en cuenta que al 1° de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad y con las 750 semanas al 22 de julio de 2005, incluyendo los periodos reportados con los días de cotización que no concuerdan en la historia laboral

(1997/07, 1999/08, 10/2002 y 03/2004), conservando tal régimen hasta el 31 de diciembre de 2014, atendiendo lo dispuesto en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005.

Explicó que, dichos tiempos debían ser incluidos en el computo de semanas, ya que la oposición de Colpensiones no era de recibo para el Despacho, por cuanto, en primer lugar, si se tiene deuda en los aportes le corresponde a la entidad de previsión social haber adelantado los cobros respectivos como lo señala la Ley 100 de 1993 en su artículo 24, acciones de cobro, o en segundo lugar, hubiera procedido con la desafiliación de la demandante al sistema en atención a las disposiciones contenidas en el Decreto 1161 de 1994 en su artículo de 13, trámites que brillaban por su ausencia en el presente evento.

A renglón seguido, estudió los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1999 a efectos de verificar si la actora era acreedora de la prestación pensional, y determino que, si cumplía con los mismos, al contar con un total de 1.065,14 semanas. Así mismo, consideró que operaba parcialmente el fenómeno de la prescripción en las mesadas pensionales, por lo que ordeno se hiciera efectiva la prestación a partir del 19 de julio de 2016. Finalmente, condenó al pago de los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, señalando que resultaban ser procedentes por tratarse de una pensión consagrada en la misma Ley.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones mencionó que no estaba de acuerdo con la decisión dado que la demandante no cumplía con los criterios para ser beneficiaria del régimen de transición, al contar tan solo con 745 semanas antes del 22 de julio de 2005, ya que los dineros del pago de las 5 semanas que se cuentan a su favor, no entraron a la entidad, adicionalmente, arguyó que no es procedente la condena en intereses moratorios y costas procesos, ya que su defendida actuó de buena fe.

V. 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 en el presente asunto resultaba viable el reconocimiento de la pensión de vejez de la actora de acuerdo con las condiciones del régimen al que se encontraba afiliado con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones creado con la Ley 100 de 1993.

Para resolver resulta pertinente recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contempló el régimen de transición, señalando en lo pertinente lo siguiente *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el*

Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

Con posterioridad, el acto legislativo 01 de 2005, estableció que “(...) Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones”, determinándose en el parágrafo transitorio No. 4, que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los que estando en dicho régimen tuvieran 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del acto legislativo, esto es, al 22 de julio de 2005, a quienes se les mantendría el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

Precisando lo anterior y dado que la demandante nació el 4 de junio de 1956, conforme da cuenta el registro civil de nacimiento, visible a folio 19 del expediente, se tiene que la misma tenía 38 años para la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1° de abril de 1994), por lo que en principio era beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, la misma cumpliría los 55 años de edad hasta el 4 de junio de 2011 (edad exigida en la normatividad anterior

Art. 12 Dto. 758/90), por lo que para dicha data era necesario establecer si la actora aún conservaba el derecho al régimen de transición.

Sea lo primero indicar que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas actualizado al 29 de octubre de 2019, visible en expediente administrativo allegado en contestación de demanda en medio magnético (fl.107 – Archivo en PDF denominado “GRP-SCH-HL-66554443332211_1641-20191029105703”), se evidencia que en efecto se reportan cotizaciones entre el 01 de junio de 1976 y el 31 de agosto de 2012, para un total de **1.060,14** semanas cotizadas, conforme a las cuales acreditaría un total de **747,42** semanas cotizadas al 22 de julio de 2005.

Así las cosas y dado que se aduce que no se efectuaron en forma completa las cotizaciones del empleador CARLOS JOSE MONROY – HOTEL DEL PARQUE, debe indicarse que se observa que la actora presentó diversas solicitudes a Colpensiones a efectos de obtener la corrección de la historia laboral, advirtiéndose que tal entidad en comunicación del 14 de diciembre de 2016, No.BZ2016_13462630-13470935, le indicó a la demandante, lo siguiente: *“Verificada su historia laboral se visualiza que el empleador CARLOS J MONTROY HOTEL DEL PARQUE efectúo pagos por concepto de seguridad social para los ciclos 1996/08, 1997/04 y 1999/06, pero no fueron suficientes para cubrir los valores totales correspondientes de las cotizaciones, quedando intereses pendientes por pagar y que de acuerdo con la imputación de pagos que trata el Decreto 1818 de 1996 y*

1406 de 1999, las cotizaciones de ciclos posteriores aplicaron a estos intereses, situación que se manifiesta en la contabilización inexacta de días en los ciclos 1999/07 y 1999/08. En razón a lo anterior, de acuerdo a las atribuciones que nos competen y a las leyes vigentes, de ser procedente se requerirá al empleador el pago de los ciclos pendientes.”

Luego en comunicación del 03 de junio de 2017, No. BZ2017_5616575_5625222, se puntualizó que era posible que se haya dado el pago por parte del empleador, pero que el mismo presente inconsistencias como error en los datos o falta de detalle respecto a los afiliados sobre los cuales se efectuó el pago, así mismo, informo que la gestión de cobro con el empleador fue nula por encontrarse fallecido.

Para el efecto, se advierte que a folios 63 y 64 del paginario, obran “*Planillas de Autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL – ISS*”, de los períodos de cotización de 1999/07 y 1999/08 del empleador CARLOS J. MONROY – HOTEL DEL PARQUE, con fecha de pago de 09 de agosto de 1999 y 09 de septiembre de 1999, en donde se encuentra incluida la trabajadora “LARANAGA SARA” con registro de días laborados 28 y 18, respectivamente, las cuales dan cuenta que efectivamente la actora laboro para el citado empleador en dicha data y que su empleador efectuó el pago correspondiente por los periodos aludidos y aquí reclamados, destacando que registran en ceros, evidenciándose así en mora.

En esa medida, le era dable al *a quo* contabilizar las cotizaciones que consideró del empleador CARLOS J. MONROY – HOTEL DE LOS PARQUES, pues conforme a lo adocitrinado por la C.S.J., S.C.L., en sentencias SL1355-2019 y SL3056-2019, se tiene que los periodos que están reportados en mora son lo que se consideran respaldados en una relación laboral.

De acuerdo con lo antes anotado y si bien en la historia laboral se aprecia el primero período con pago parcial y el segundo en ceros, con el empleador CARLOS J. MONROY – HOTEL DE LOS PARQUES, así: del 01/07/1999 al 31/07/1999 un total de 2.29 semanas y del 01/08/1999 al 31/08/1999 un total de 0.00 semanas, se tiene que tales períodos deberían tenerse en cuenta por Colpensiones, ya que si bien se advirtió que Colpensiones si adelanto la gestión para su cobro y que esta resulto nula, ante el fallecimiento del empleador, no es menos cierto, que ello se efectúo tan solo a raíz de las solicitudes presentadas por la actora en lo referente a las correcciones de su historia laboral, data posterior, al año 2014, cuando el trámite de cobro coactivo por parte de la entidad debió haberse efectuado desde tiempo atrás (1999), acarreando ello, cargas y responsabilidades en contra de la actora, en esa medida estos períodos generarían cotizaciones por **6.57¹** semanas, que sumadas al consolidado recaudado al 22 de julio de 2005, ascienden a **753.99** semanas, las cuales resultan suficientes para poder conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014.

¹ La suma de 4.00 semanas por los 28 días laborados en el mes julio de 1999 y 2.57 semanas por los 18 días laborados en el mes de agosto de 1999.

En ese orden de ideas, y dado que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; por lo tanto, le resultan aplicables las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990; siendo merecedora de la prestación, en la medida que cumplió con los requisitos legales establecidos en el acuerdo en mención por tener cotizadas más de 1000 semanas, específicamente **1.066,71** y 55 años de edad (4 de junio de 2011), por lo que se habrá de confirmar la sentencia, en tal sentido.

Ahora bien, el reconocimiento de la prestación será a partir del día siguiente a la última cotización, es decir, el 1 de septiembre de 2012; sin embargo, el pago será desde el 19 de julio de 2016, conforme lo señalado por el juez de primera instancia, como quiera que la entidad propuso la excepción de prescripción, siendo la fecha de presentación de la demanda 19 DE JULIO DE 2019 (fl. 83), la que sirvió de base para contabilizar este fenómeno jurídico, en consideración a que la primera reclamación y que interrumpió la prescripción, se efectuó el 21 de junio de 2012, la cual fue resuelta mediante Resolución No. GNR No. 008704 del 26 de noviembre de 2012 y destacando que mediante Resolución No. GNR 211249 del 21 de agosto de 2013 y No. VPB 24994 del 19 de diciembre de 2014, se desataron los recursos presentados (folio 224 a 27 y 31 a 32), lo que quiere decir, que entre esta última calenda y la radicación de la acción ordinaria transcurrieron más de tres años, sin que las demás peticiones hubiesen interrumpido esta figura, como quiera que de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del C.P.T y S.S solo se presenta por una sola vez.

En esa línea, y en aras de verificar el IBL de la mesada pensional determinada en primera instancia, en tal sentido, se solicitó el apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la primera mesada pensional, encontrando lo siguiente:

▪ **Cálculo para la obtención del Ingreso Base de Liquidación**

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1976	214	0,290	76,19	262,724	\$ 1.633,18	\$ 429.075,17	\$ 3.060.736,21
1977	115	0,360	76,19	211,639	\$ 1.770,00	\$ 374.600,83	\$ 1.435.969,86
1982	199	1,140	76,19	66,833	\$ 10.397,04	\$ 694.868,52	\$ 4.609.294,50
1991	247	7,650	76,19	9,959	\$ 54.630,00	\$ 544.086,24	\$ 4.479.643,34
1992	366	9,700	76,19	7,855	\$ 70.260,00	\$ 551.866,95	\$ 6.732.776,77
1993	365	12,140	76,19	6,276	\$ 103.380,74	\$ 648.812,07	\$ 7.893.880,21
1994	304	14,890	76,19	5,117	\$ 123.210,00	\$ 630.447,94	\$ 6.388.539,18
1995	292	18,250	76,19	4,175	\$ 193.554,79	\$ 808.051,50	\$ 7.865.034,56
1996	360	21,800	76,19	3,495	\$ 220.750,00	\$ 771.511,12	\$ 9.258.133,49
1997	360	26,520	76,19	2,873	\$ 215.750,00	\$ 619.833,80	\$ 7.438.005,66
1998	360	31,210	76,19	2,441	\$ 283.000,00	\$ 690.860,94	\$ 8.290.331,30
1999	226	36,420	76,19	2,092	\$ 309.690,27	\$ 647.866,59	\$ 4.880.595,00
2000	300	39,790	76,19	1,915	\$ 387.876,70	\$ 742.707,36	\$ 7.427.073,58
2001	360	43,270	76,19	1,761	\$ 400.474,17	\$ 705.156,62	\$ 8.461.879,39
2002	315	46,580	76,19	1,636	\$ 438.809,52	\$ 717.752,20	\$ 7.536.398,13
2003	360	49,830	76,19	1,529	\$ 502.787,33	\$ 768.761,13	\$ 9.225.133,52
2004	314	53,070	76,19	1,436	\$ 577.390,63	\$ 828.931,45	\$ 8.676.149,19
2005	360	55,990	76,19	1,361	\$ 641.106,25	\$ 872.403,74	\$ 10.468.844,83
2006	360	58,700	76,19	1,298	\$ 622.008,50	\$ 807.339,48	\$ 9.688.073,79
2007	323	61,330	76,19	1,242	\$ 674.080,50	\$ 837.407,35	\$ 9.016.085,83
2008	330	64,820	76,19	1,175	\$ 593.454,55	\$ 697.551,71	\$ 7.673.068,81
2009	326	69,800	76,19	1,092	\$ 568.128,83	\$ 620.139,48	\$ 6.738.849,04
2010	300	71,200	76,19	1,070	\$ 610.600,00	\$ 653.393,46	\$ 6.533.934,55
2011	289	73,450	76,19	1,037	\$ 596.648,24	\$ 618.905,77	\$ 5.962.125,62
2012	106	76,190	76,19	1,000	\$ 554.219,34	\$ 554.219,34	\$ 1.958.241,67
Total días	7451	Total devengado actualizado a:				2012	\$ 171.698.798,02

Total semanas	1064,43	Ingreso Base Liquidación	\$ 691.311,76
Total Años	20,63	Porcentaje aplicado	84%
		Primera mesada	\$ 580.701,88
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2012	\$ 566.700,00

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2001	217	43,270	76,19	1,761	\$ 404.926,01	\$ 712.995,45	\$ 5.157.333,73
2002	315	46,580	76,19	1,636	\$ 438.809,52	\$ 717.752,20	\$ 7.536.398,13
2003	360	49,830	76,19	1,529	\$ 502.787,33	\$ 768.761,13	\$ 9.225.133,52
2004	314	53,070	76,19	1,436	\$ 577.390,63	\$ 828.931,45	\$ 8.676.149,19
2005	360	55,990	76,19	1,361	\$ 641.106,25	\$ 872.403,74	\$ 10.468.844,83
2006	360	58,700	76,19	1,298	\$ 622.008,50	\$ 807.339,48	\$ 9.688.073,79
2007	323	61,330	76,19	1,242	\$ 674.080,50	\$ 837.407,35	\$ 9.016.085,83
2008	330	64,820	76,19	1,175	\$ 593.454,55	\$ 697.551,71	\$ 7.673.068,81
2009	326	69,800	76,19	1,092	\$ 568.128,83	\$ 620.139,48	\$ 6.738.849,04
2010	300	71,200	76,19	1,070	\$ 610.600,00	\$ 653.393,46	\$ 6.533.934,55
2011	289	73,450	76,19	1,037	\$ 596.648,24	\$ 618.905,77	\$ 5.962.125,62
2012	106	76,190	76,19	1,000	\$ 554.219,34	\$ 554.219,34	\$ 1.958.241,67
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2012	\$ 88.634.238,71
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 738.618,66
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					84%
		Primera mesada					\$ 620.439,67
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2012					\$ 566.700,00

Atendiendo los cálculos efectuados obsérvese que le resulta ser más favorable a la actora la primera mesada pensional correspondiente al ingreso base de liquidación de los últimos diez años de servicios, suma que en todo caso es inferior a la determinada por el juez de primera instancia quien en su decisión se limitó a indicar que la primera mesada pensional correspondía a la suma de \$681.500 para el año 2012, sin precisar de donde obtuvo la misma, por lo que se procederá a modificar la decisión en lo que ello corresponde, destacándose se le debe aplicar como base de reemplazo el equivalente al **84%** del IBL, teniendo en cuenta

que el Acuerdo 049 de 1990 concede un 3% adicional sobre el 45%, por cada 50 semanas adicionales a las 500 primeras semanas de cotización.

En ese orden, se advierte que el valor de la primera mesada pensional para el año de 2012 corresponde a la suma de **\$620.439,67**; adicionalmente, se dispondrá el pago del retroactivo pensional generado a partir del 19 de julio de 2016, atendiendo a que efectivamente las mesadas anteriores a dicha data se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, como ya se explicó, conforme los cálculos efectuados, y las que se sigan causando, así:

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 620.439,67		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 635.578,40		
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 647.908,62		
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 671.622,08		
19/07/16	31/12/16	6,77%	\$ 717.090,89	6,40	\$ 4.589.381,7
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 758.323,62	13,00	\$ 9.858.207,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 789.339,05	13,00	\$ 10.261.407,7
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0
01/01/22	30/09/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	9,00	\$ 9.000.000,0
Total retroactivo				\$ 67.696.781,38	

Destacándose, que se autoriza a la demandada a descontar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, generados desde el momento en que se causó la mentada prestación económica.

Respecto de los intereses moratorios, estos a juicio de la sala son procedentes a partir del 27 de octubre de 2016, es decir, una vez vencidos los cuatro meses que tenía la entidad para resolver la petición de reconocimiento pensional que presento la actora el 27 de junio de 2016, data enunciada en resolución No. GNR 241418 del 18 de agosto de 2016 (fl. 45 a 48), y no como lo determino el juez de primera instancia, quien consideró que los mismos procedían desde el 19 de julio de 2016, al indicar que estos se encontraban sujetos a las reglas de la prescripción de la acción y por ende, empezando a correr desde los tres (3) años anteriores a la presentación de la demanda, razón por la cual esta decisión se modificará.

En consecuencia, se MODIFICARÁ los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de indicar que el valor de la mesada pensional reconocida en favor de la señora Sara del Socorro Larrañaga Díaz para el año de 2016 asciende a la suma de **\$620.439,67**, y que los intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la ley 193, los cuales se liquidarán a la tasa máxima, a partir del 27 de octubre del año 2016 y hasta el momento de su pago, respectivamente.

Así mismo, se ADICIONARÁ el numeral SEXTO de la decisión, en el sentido de indicar que el valor del retroactivo pensional generado entre el 19 de julio de 2016 con corte al 30 de septiembre de 2022, corresponde a la suma de **\$67.696.781,38**.

Costas en esta instancia a cargo de la parte 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: MODIFICAR EL NUMERAL PRIMERO Y SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la mesada pensional de la señora SARA DEL SOCORRO LARRAÑAGA DÍAZ reconocida a partir del día 19 de julio del año 2016, corresponde en cuantía de \$620.439,67, y que el pago de los intereses moratorios que prevé el artículo 141 de la ley 193, los cuales se liquidarán a la tasa máxima, corresponde a partir del 27 de octubre del año 2016 y hasta el momento de su pago.

SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL SEXTO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que el valor del retroactivo pensional generado entre el 19 de julio de 2016 con corte al 30 de septiembre de 2022, corresponde a la suma de **\$67.696.781,38**, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad, conforme se expuso.

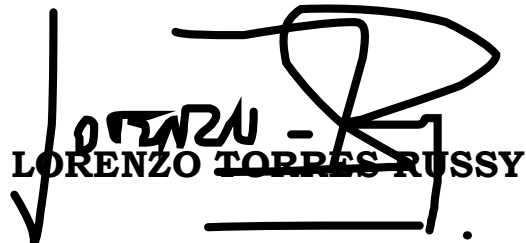
TERCERO: CONFIRMAR en todo los demás la sentencia proferida por el el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito

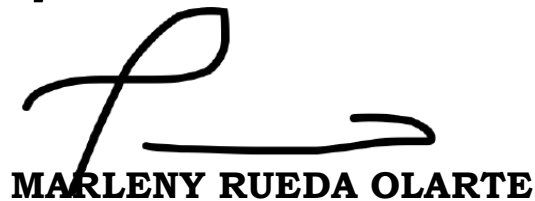
de Bogotá, conforme los considerandos de la presente decisión.

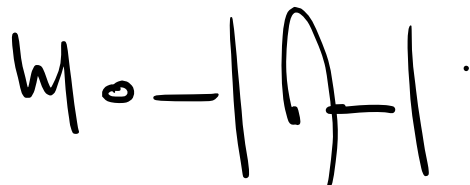
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ORLANDO RANDAZZO LOZANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A.

RADICADO: 110013105 026 2020 00303 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A, Skandia S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de abril de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los

efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

PORVENIR S.A., argumenta que la afiliación del demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP Porvenir S.A., cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación con la AFP.

I. ANTECEDENTES

El señor Orlando Randazzo Lozano, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Skandia S.A, Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que en abril de 2008 encontrándose vinculado como trabajador dependiente se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

Como fundamento normativo, citó el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6, 25 y siguientes; 74 y 145 del Código de Procesal Laboral y de la Seguridad Social; la ley 1149 de 2007; el Decreto 2351 de 1965; los artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil; los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; los artículos 11,21, 31, 36, 50, 141, 142, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993; los artículos 12, 13, 20 y 35 del Acuerdo 049 del ISS reglamentado por el

Decreto 758 de 1990; sentencias SL radicados No. 31989 de 2008, No. 33083 de 2011, No. 46292 de 2014.

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 primer lugar se evidencia que se proyectó esta acción con el fin de tener beneficios económicos, en segundo lugar se encuentra que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió de AFP lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el artículo 1754 del CC pues acepta las condiciones que hacen parte de éste régimen. Propuso entre otras las excepciones perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica, buena fe.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que de acuerdo con la Ley, la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios más aún en el caso que nos ocupa, cuando el traslado a la AFP., provino de Porvenir S.A. y no de una entidad del RPM. Propuso entre otras las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contemplan el literal B del artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, se aclara que el traslado de régimen pensional se llevó a cabo con mi representada a partir del 1 de agosto de 1997. 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.

MAPFRE, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso al procedimiento de un fallo que de estimación a las pretensiones aducidas en la demanda, adujo que Skandia según manifiesta en su contestación, cumplió a cabalidad con lo que le correspondía. Esto de una parte, pues, de otra, la selección de un régimen pensional es, tal y como lo advierte el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, “libre y voluntario”-ídem, el inciso 2 del artículo 2 del decreto 1642 de 1995- y sobre dicha premisa, en el ámbito de la “autonomía de la voluntad”, el demandante tomó la decisión de elegir el régimen pensional en el que quería estar. Propuso entre otras las excepciones del acto jurídico de traslado de AFP por parte del demandante sin implicar cambio de régimen pensional fue debidamente informado y la decisión tomada por el afiliado se dio al amparo del principio de “autonomía de la voluntad” sin estar mediado y/o determinado por error o vicio alguno del consentimiento siendo absolutamente lícito y válido, reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de abril de 2022, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante ORLANDO RANDAZZO LOZANO, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los

rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES SKANDIA a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los dineros descontados por concepto de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: ADVSOLVER a la llamada en garantía MAFRE SEGUROS DE VIDA de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Skandia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR Y SKANDIA a favor del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) los cuales serán pagados por las demandadas en un 50% a cargo de cada una.

OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensión SKANDIA a favor de la llamada en garantía, fijándose como agencias en derecho la suma de UN SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000). ”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la H. Corte Suprema de Justicia también ha sido enfática en señalar que no se puede aplicar la misma de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde se solicite bien la declaratoria de nulidad o de ineficacia de la afiliación pues claramente debe existir una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se presenta en el asunto que nos ocupa como quiera que el demandante ha realizado válidamente su traslado de régimen pensional pues lo hizo de manera voluntaria, sin presión alguna. Que para el momento de la afiliación si bien existía un deber de información debe decirse que es una información veraz y suficiente pero nada más, por lo tanto no existía un deber de agregarle una información más allá de la establecida por la Ley, así como tampoco se podía atribuir el deber de un buen consejo. Respecto a la condena de devolver conjuntamente los rendimientos financieros y gastos de administración y trasladarlos a Colpensiones Porvenir S.A se aparta respetuosamente de la misma pues no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no ya que se recuerda que la consecuencia de la aplicación de la misma es declarar que el negocio jurídico no se celebró jamás, bajo ese entendido, pues, se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos del demandante por parte de la AFP tampoco se han generado.

La apoderada de SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial respecto a que en el Decreto 3999 del 2008 en su artículo 7 indica de manera muy específica y concreta cuáles son los emolumentos y conceptos que deben trasladarse, encontrando que dicha normatividad señala que la devolución que opera es exclusivamente frente a los aportes a la cuenta de ahorro individual y el fondo de garantía mínima, pero nada indica en dicha norma que deba recaer sobre los gastos de administración, encontrando así que al no estar consagrado en la norma no es procedente dicha devolución de los gastos de administración. Skandia en el año 2012 trasladó todos los aportes que tenía a su disposición, esto es la cotización obligatoria y voluntaria y el fondo de garantía de pensión mínima todo ello en cumplimiento del Decreto antes mencionado. Los gastos de administración están destinados para sufragar las primas para cubrir pensión por invalidez o muerte, y en ese orden de ideas dichos rubros no están en poder de la AFP sino en la llamada en garantía la aseguradora Mapfre.

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, he procedido 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 19 de junio 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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.

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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de abril de 2022, 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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HECTOR MANUEL LINARES MOLINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 026 2020 00385 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Porvenir S.A. y Protección S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

DEMANDANTE, argumenta que el Decreto 663 de 1993, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de <<suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado>>. De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades

administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

PORVENIR S.A., argumenta que en este asunto no se alegó y menos probó los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

COLPENSIONES, argumenta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

I. ANTECEDENTES

El señor Héctor Manuel Linares Molina, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A, Colfondos S.A, Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que inició a cotizar al ISS hoy Colpensiones desde agosto de 1983, se trasladó de régimen de Prima Media con Prestación Definida al Fondo Privado a la AFP Colfondos S.A en abril de 1996. Que se trasladó en marzo de 1997 a la AFP Porvenir S.A. y en octubre de 1999 a la AFP Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Política; los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, y demás normas que le sean aplicables y concordantes; artículo 10 del Decreto 720 de 1994; artículo 11 del Decreto 692 de 1994; sentencias SL 33083 de 2011, SL 47125 de 2008, SL 54814 de 2018, SL 1452 de 2019, SL 68838 de 2019, SL 106180 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación que suscribió el demandante, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado. 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante no probó causal alguna que la afiliación ante la Administradora Privada AFP Colfondos S.A. es nula como lo manifiesta por no resultar veraz, comprensible y completa, teniendo en cuenta que el contrato suscrito por la parte actora, cumple con los presupuestos legales para su existencia ante la vida jurídica de conformidad con el Decreto 692 de 1994 y Decreto 720

de 1994. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación del demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Los asesores comerciales de Colfondos brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A en el año 1997, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensiones, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de mayo de 2022, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante HÉCTOR MANUEL LINARES MOLINA, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a los fondos de pensiones PORVENIR y COLFONDOS transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los dineros descontados por concepto de administración durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichos fondos.

CUARTO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, a razón de TREINTA Y TRES PUNTO TREINTA Y TRES PORCIENTO (33, 33%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la

correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación parcial en cuanto a la devolución de sumas por gastos de administración, que se descontaron durante la afiliación del demandante, al considerar que de conformidad con la propia Ley 100 de 1993 en sus artículos 13, 20 y 103, el aporte tanto en Prima Media como en el régimen de Ahorro Individual no está destinado en su totalidad a financiar el derecho pensional por lo que no se puede englobar de manera universal la totalidad de sumas percibidas cuando hay cambio de regímenes por cualquier razón, los traslados de recursos entre regímenes están plenamente establecidos en la ley 100 de 1993 en el artículo 113 que establece qué sumas se pueden devolver cuando se cambia de régimen, por lo que esta norma no pudo ser desconocida por el despacho y entonces solo se pueden trasladar los recursos que exclusivamente se dirigían a financiar el derecho pensional los demás no porque no afectan el derecho pensional desde ningún punto de vista. Durante todo el tiempo que estuvo afiliado el demandante a la AFP realizó una gestión de administración que fue exitosa y de buena fe. Existe una falta de legitimación en la causa por parte del demandante para pedir la devolución de estos gastos de administración, teniendo en cuenta que estos gastos nunca han sido un derecho que esté en cabeza del afiliado ya que dichos valores son de las administradoras.

La apoderada de Protección S.A., interpuso recurso de apelación en lo que respecta a devolver las cuotas de administración que le fueron descontados de los aportes durante la afiliación del demandante, teniendo en cuenta que la comisión de administración es un descuento autorizado en la Ley que faculta o autoriza a las AFP para realizar la deducción del tres por ciento sobre el dieciséis por ciento de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, el mencionado tres por ciento se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional y opera en ambos regímenes, así mismo con la condena en mención se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera está destinada

para financiar la pensión de la parte demandante. Protección S.A ha administrado los recursos del demandante de manera diligente durante el tiempo que estuvo afiliado.

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, he procedido 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 abril 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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.

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:

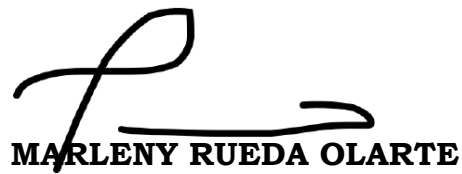
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

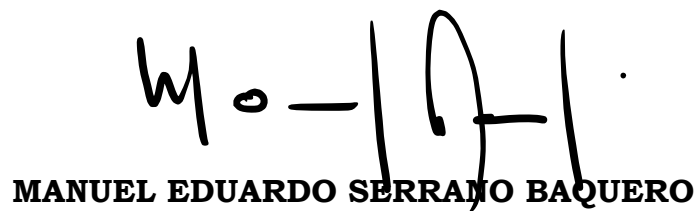
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HERNÁN GÓMEZ BARRIOS CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

RADICADO: 11001 3105 026 2017 00691 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por las memorialistas en los escritos obrantes en el expediente se reconoce a la doctora Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.140.467 y tarjeta profesional No. 199.923 del Consejo Superior de la Judicatura como

apoderada de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, en los términos y para los fines señalados en el poder conferido y a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

Adicionalmente, se reconoce al doctor Freddy Leonardo González Araque, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.031.150.962 y tarjeta profesional No. 287.282 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos y para los fines señalados en el poder conferido

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado del Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Colpensiones y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presentando sus argumentaciones en que debía confirmarse la decisión.

El apoderado de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, petitionó se confirmara en su totalidad la sentencia de primera instancia, señalando que ha sido reiterada la posición de la H. Corte al sostener la tesis de que la ineficacia de la afiliación para PENSIONADOS del régimen de ahorro individual es un camino que puede conducir a situaciones del todo insostenibles, por cuanto la consolidación de ese nuevo estatus supone en muchos casos

la participación de terceros de buena fe, como cuando se ha optado por pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y se ha contratado con una aseguradora su pago. Así mismo, indicó que, en caso de revocarse la decisión, se ordene al actor reintegrar a la sociedad las sumas que se han cancelado por concepto de mesadas, junto con la correspondiente indexación.

Por su parte Colpensiones, indicó que, no es procedente declara que el contrato de afiliación del actor con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías en nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual y sin que se logre observar vicio del consentimiento; así mismo, puntualizó, que con la posición asumida por la Corte se quebranta el principio de sostenibilidad financiera; finalmente, precisó que la actora cuenta con más de 52 años de edad, y por lo tanto se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 artículo 2º, literal E.

A su turno, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicitó se confirmara la decisión de la a quo, como quiera que la ineficacia del traslado de una persona

pensionada se traduce en un perjuicio financiero para el Régimen de Prima Media en la medida que no permite a las administradoras de este régimen un periodo de madurez de los aportes, circunstancia que fue ya ha sido reconocida por la Corte Constitucional.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se ordenara el traslado de las cotizaciones realizadas en Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a Colpensiones y en consecuencia se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, intereses moratorios y a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones manifestó que se afilió al Sistema general de pensiones desde el año 1972 hasta el año 2000 a través del ISS, cotizando un total de 1.468 días; que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, le reconoció pensión de vejez en septiembre de 2010; que es beneficiario del régimen de transición y por tanto su pensión debía liquidarse bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; y, que solicitó a las

demandadas el traslado de régimen, siendo negado por las mismas.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993 y las sentencias T-702/2009, T-169/2003 y SU-062/2010.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colfondos S.A., contestó la demanda, como se observa a folios 83 y s.s., oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto la vinculación al RAIS fue realizada válidamente de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, adicionalmente indicó que el formulario de vinculación contiene la firma de la actora, y que así mismo, no hizo uso del derecho de retracto, siendo claro que no hay coacción ni vicio alguno para efectuar el traslado, finalmente refirió que en la actualidad la demandante disfrutaba de la pensión de vejez a partir del año 2010, razón por la que su derecho ya se encontraba consolidado. Propuso la excepción previa que denominó: litis consorte necesario y las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional consolidada – reconocimiento pensional, compensación y pago y la innominada o genérica.

Colpensiones, contestó la demanda como se observa a folios 132 y s.s., en donde indicó que no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad puesto que no se probó alguna causal de nulidad como vicios del consentimiento, así como quiera que según la legislación vigente se encuentra prohibido el traslado del régimen para aquellas personas que se encuentra a 10 años o menos de adquirir la edad pensional y dado que el actor ya se encuentra pensionado lo que genera incluso una descapitalización de entidad. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica o innominada.

En audiencia del 18 de febrero de 2020, se requiere a la vinculada la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

III. DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN

Mediante auto del 9 de septiembre de 2019, notificado por estado el 10 del mismo mes y año, se corrió traslado de la demanda de reconvención presentada por Colfondos S.A. contra Hernán Gómez Barrios.

En la demanda de reconvención presentada por Colfondos S.A. (fl. 125 y s.s.), esta pretendió que en caso de que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado, se condenará a la demandada a reintegrar los pagos realizado por Colfondos

S.A. desde septiembre de 2010 por concepto de las mesadas pensionales reconocidas y pagadas, al pago de tales sumas debidamente indexadas y a las costas de la demanda en reconvención.

En sustento de las pretensiones, indicó que el señor Gómez el 24 de junio de 2010 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez; que Colfondos S.A. informó al demandante que su pensión había sido aprobada, y que una vez recibida por parte del actor la asesoría completa sobre las distintas modalidades, optó por pensionarse bajo la modalidad de pensión por retiro programado, establecida en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada de la demandante al contestar la demanda de reconvención (fl. 171 y s.s.), se pronunció frente las pretensiones, señalando que caso de la prosperidad de la ineficacia del traslado lo que procede es el descuento del retroactivo que se daría con Colpensiones más no con la AFP. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de integración del litis consorcio necesario.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2021, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Hernán Gómez Barrios.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante. Fijándose como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000).

TERCERO: *En caso de que la sentencia no sea apelada se enviara en grado de consulta a favor del demandante.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que atendiendo el criterio expuesto en las sentencias expedidas por la C.S.J., S.C.L., SL2136 y SL 1688, era un deber de las administradoras brindar información clara, completa y suficiente sobre las características, diferencias, condiciones y consecuencias que acarreaba el traslado, el cual no se cumplió por Colfondos S.A., conforme daba cuenta el caudal probatorio recaudado, por lo que en principio se tendría derecho a la ineficacia del traslado, sin embargo, no podía pasarse por alto que la demandante había sido pensionada por Colfondos S.A., conforme se acreditaba con lo manifestado desde el libelo demandatorio y de lo aceptado en interrogatorio de parte, hecho que conforme a la jurisprudencia vigente, resultaba improcedente.

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que al demandante señor Hernán Gómez Barrios, le fue reconocida pensión de vejez por Colfondos S.A., a partir del mes de julio de 2010, en cuantía inicial de \$1.358.823, según da cuenta la comunicación obrante a folio 109 del plenario, así como que se expidió bono pensional a favor del demandante el 18 de diciembre de 2020, por valor de \$112.668.070, obrante a folio 237 a 2368 del expediente, en la que además se informa que Colfondos realizaría un pago único por concepto de retroactivo por valor de \$2.717.646, con lo que no queda duda del estatus de pensionado que posee el demandante.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que si bien 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, no puede pasarse por alto que la Sala de Casación Laboral en pronunciamiento del 10 febrero de 2021, estableció que la situación de los pensionados constituía un estatus jurídico consolidado que no se podía revertir e impedía la ineficacia del traslado, abandonando así el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989,

respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demandaba era un pensionado

Al respecto, resulta pertinente traer a colación apartes de la Sentencia mencionada, correspondiente a la SL-373 de 2021 con radicación No. 84475, que sobre el particular señaló:

“(…)

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado.

(...)”

De conformidad con lo dispuesto en jurisprudencia citada resulta acertado resumir lo siguiente: i) que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; ii) que invalidar el estado de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y en especial tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones y iii) si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información y con ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, podrá demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Así las cosas, acoge este fallador el criterio expuesto por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral al considerar que las razones otorgadas en la jurisprudencia avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento y en esa medida como el demandante Hernán Gómez Barrios, poseía el estatus de pensionado, se procederá a confirmar la sentencia expedida por la a quo, en cuanto la misma se ajusta al precedente vigente establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

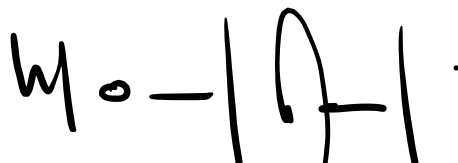
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE HELI
CARDONA GARCÍA contra COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00468 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra de la sentencia emitida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el día 30 de agosto de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado del demandante, quien peticionó se revocara el fallo de primera instancia, pues señaló que no se valoró de manera

acertada la decisión del Juzgado ante el cual se tramito el proceso por medio del cual se ordena el reconocimiento y pago de la prestación pensional, lo anterior, por cuanto no se dijo si al actor le correspondían 13 o 14 mesadas y dado que si bien ordeno el pago de la pensión a partir del 1 de agosto de 2012 en la motivación de la misma se expresó que la pensión fue causada en el año de 1993, por lo que se debe dar aplicación a lo establecido en el numeral segundo del inciso 8 y parágrafo transitorio No. 6 del Acto Legislativo 01 de 2005.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se declarara que causó el derecho a la pensión especial de vejez por estar expuesto a altas temperaturas antes del nacimiento del Decreto 2090 de 2003 y del Acto Legislativo 01 de 2005, y en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la mesada de junio desde el año 2012, a los intereses moratorios causados, costas y agencias en derecho.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, dio contestación como aparece en el documento número 008 del expediente digital, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la entidad dio cumplimiento al fallo judicial proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral dentro del proceso conocido con radicado No. 2012-286, el cual ordeno el

reconocimiento de la prestación pensional con fecha de causación del 1 de septiembre de 2012, esto es, en una fecha posterior a la fecha establecida en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, para hacerse acreedor de la pretendida mesada catorce. Propuso las excepciones de fondo que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de agosto de 2021, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor JORGE HELI CARDONA GARCIA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante JORGE HELI CARDONA GARCIA. Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000).

En caso de la que la sentencia no sea apelada se remitiría en el grado jurisdiccional de CONSULTA ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la pensión de vejez por alto riesgo fue reconocida por Colpensiones de conformidad con la orden judicial emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, decisión confirmada por el Superior, y que fue allí donde se determinó que la misma se causó el 1 de septiembre de 2012, por lo que dicho tema hacia tránsito a cosa juzgada.

Respecto a la mesada 14 adicional mencionó, que como la causación de la prestación se verificó para el 1 de septiembre de 2012, de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, la misma no resulta aplicable.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación, con fundamento en que no hay cosa juzgada en las pretensiones del asunto, pues afirmó que dentro del proceso tramitado en el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, no se solicitó la mesada catorce, ni se debatió ello dentro del mismo; precisó que dentro del citado trámite por el contrario a lo indicado se estableció que el derecho prestacional del actor se causó desde el año de 1993, esto es, mucho antes de haber nacido el Acto Legislativo 01 de 2005, pues si bien el reconocimiento se dio a partir del año 2012, ello obedeció a que el afiliado ante la negativa del reconocimiento pensional solicitado desde el año 2005 continuara cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, por lo que solicita se acceda a sus pretensiones.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez especial por alto riesgo reconocida al actor, era viable el reconocimiento de la mesada 14.

No existe controversia sobre estos puntos: i) que el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 29 de abril de 2013 resolvió reconocer a favor del Señor Jorge Heli Cardona García la pensión especial de alto riesgo consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1 de septiembre de 2012 en cuantía inicial de \$3.459.621,43; ii) que a través de la resolución GNR 261808 del 17 de julio de 2014 la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones reconoció una pensión especial de vejez por alto riesgo al actor en cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en cuantía de \$3.612.790, efectiva a partir del 01 de agosto de 2014; iii) que mediante la resolución GNR 218847 del 30 de julio de 2015 la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones dio alcance a la resolución GNR 261808 del 17 de julio de 2014 y reconoció un retroactivo como pago único de una pensión especial de vejez por alto riesgo por valor de \$57.185.854 de las mesadas correspondientes del 01 de abril de 2013 al 30 de junio de 2014, y, iv) que a través de la resolución GNR 267355 del 10 de septiembre de 2016 la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones negó el reconocimiento y pago de una mesada adicional dentro de una pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, indicando que el fallo judicial proferido por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 29 de abril de 2013, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. - Sala laboral del 14 de agosto de 2013, no ordeno la mesada adicional.

Bajo los supuestos fácticos del asunto, se advierte que lo que se discutía en este caso era el pago de la mesada 14 siendo que

el derecho pensional no estaba en discusión en la medida en que este ya había sido reconocido.

Ahora bien, se alude por el recurrente que en este caso la juzgadora de primera instancia no realizó un debido estudio de la procedencia de la mesada catorce al indicar que la pensión de vejez por alto riesgo del actor se causó el 1 de septiembre de 2012, esto es, estando en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 y no en año de 1993 conforme se indicó en la decisión proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Para resolver, frente a la pensión de vejez por alto riesgo del actor, ha de traerse a colación, lo reiterado en sentencia SL4330-2021, radicación n° 54332. M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez, en la que se destacó:

“A su vez, la Sala destaca que para verificar el cumplimiento de los requisitos de la pensión especial de vejez previamente deben revisarse los contemplados para la pensión ordinaria, en tanto la primera implica la posibilidad de obtener la prestación a una edad inferior a la que se establece para la segunda (CSJ SL5668-2018 y CSJ SL1353-2019).”

Obsérvese que, en sentencia del 29 de abril de 2013, emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso conocido con radicado No. 2012-286, frente al reconocimiento de la pensión especial de vejez, una vez enunciados los artículos 12 y 15 del Decreto 758 de 1990, en sus consideraciones, indicó:

“Así las cosas, son dos los requisitos que requiere el actor para acceder a la prestación pretendida, esto es, cumplimiento de la edad y haber estado expuesto a altas temperaturas.

En cuanto al primer requisito se tiene que el actor cumplió los 60 años de edad el 15 de febrero de 2013 pues nació el 15 de febrero de 1953.

No obstante, como dice la norma, al haber desempeñado una actividad de alto riesgo, se disminuye la edad de un (1) año por cada 50 semanas adicionales.

Verificada la historia laboral, visible a folios 71 a 81 en la que consta que el Señor Jorge Heli Cardona García cotizó 1.769 semanas durante toda su vida laboral, descontando 750 semanas, tenemos que quedan 1.019 semanas, es decir, que al actor se le deben descontar 20 años por lo que la edad para acceder a esta pensión la cumplió en el año de 1993, no obstante, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 13 del Decreto 049 de 1990, esto es, que para disfrutar del derecho pensional debe desafiliarse y para la liquidación de las mesadas se tendrá en cuenta hasta la última semana cotizada.

En el plenario se demostró que el actor cotizó hasta el 31 de agosto de 2012, folio 74, es decir, que el derecho pensional nació en 1993 pero su disfrute solamente puede ser a partir del 1 de septiembre de 2012, fecha posterior a la última cotización.”

En síntesis, la Juez de instancia dentro citado proceso, determinó que el actor causó los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas al cumplir los 40 años edad, esto es, el 15 de febrero de 1993; sin embargo, ha de precisarse que para dicha data el actor no contaba con las 1.000 semanas mínimas exigidas por la normatividad para hacerse acreedor de la prestación, pues tan solo contaba con 857.82 semanas, conforme se verifica en la historia laboral, (carpeta 00.11001310502620190046800CDS), así como tampoco contaba con los 50 años de edad, que es la edad mínima a la que podía llegar el actor, ello, conforme lo que exige la normativa bajo la cual se concedió el derecho.

Entonces, a pesar de que en la sentencia dictada, se indicó que el actor tenía derecho a pensionarse con 40 años de edad, ello no tiene efecto frente a lo aquí determinado, puesto que como quedo visto, el reconocimiento de la pensión se da a partir del retiro del sistema, que lo fue el 1 de septiembre de 2012, fecha para la cual ya contaba con 59 años de edad, más de los

50 años de edad, que es la mínima a la que puede llegar el demandante, en atención al número de semanas de cotización especial adicionales a las 1000, por lo que no hay lugar a acceder a la petición presentada en el presente asunto, dado que la prestación se causó con posterioridad a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Ahora bien, y solo en gracia discusión, en el entendido de que la prestación pensional del actor, se hubiere causado en el año de 1993, conforme se indicó en el proceso que ordenó el reconocimiento de la pensión especial de vejez especial, en los términos del parágrafo sexto del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005¹, el demandante tiene derecho tan solo al reconocimiento de trece (13) mesadas al año, ya que su mesada pensional resulta ser superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes².

Por las anteriores razones se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia al ser absolutoria a las pretensiones de la demanda interpuesta.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,

¹ "Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

² Mesada pensional reconocida año 2012 por la suma de \$3.459.621,43 012 (S.M.L.M.V. \$566.700)

**administrando justicia en nombre de la República y por
autoridad de la Ley,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la parte demandante

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARIANELA ESPINOZA BORDA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00492 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por las memorialistas en los escritos obrantes en el expediente se reconoce a la doctora Angélica María Cure Muñoz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional No. 369.821 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y

para los fines señalados en el poder conferido y a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

En esta instancia, se allegaron los alegatos por el apoderado de la parte demandante, Porvenir S.A y Colpensiones, presentando sus argumentaciones en que debía revocarse y confirmarse la decisión, respectivamente.

El apoderado de la parte demandante, peticiono revocar la decisión de primera instancia, en cuanto señalo que la H. Corte Suprema ha reiterado la tesis de que la información que debe suministrarse a la persona debe ser completa, comprensible, veraz y suficiente para que de manera objetiva se expresen las condiciones las ventajas, desventajas y efectos de este traslado así como la posible pérdida de beneficios que podría traer, es decir, el deber del buen consejo de un administrador experto o técnico con relación a un afiliado que aspira a una pensión en las mejores condiciones, pues de ello dependen esenciales aspiraciones para garantizar su futuro para la protección de su vejez, invalidez y/o muerte, y dado que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de las AFP'S, dentro del asunto quedo claro, que existe una orfandad probatoria por parte de las mismas ya que no se suministró ningún documento ni prueba alguna para desvirtuar la falta de la debida asesoría.

Porvenir S.A., solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado, ya que se cumplió con la carga probatoria encaminada a demostrar que existió un consentimiento informado, libre y voluntario por parte de la demandante, y se evidenció que la demandante realizó traslados horizontales entre AFP y que contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo.

Por su parte Colpensiones, indicó que, no es procedente el traslado de régimen solicitado por la parte actora, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual y sin que se logre observar vicio del consentimiento; así mismo, puntualizó, que con la posición asumida por la Corte se quebranta el principio de sostenibilidad financiera; finalmente, precisó que la actora cuenta con más de 50 años de edad, y por lo tanto se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 artículo 2º, literal E.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que se declarara la ineficacia de la afiliación que realizó el 1 de enero de 1997 a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. y posteriormente a Protección S.A. y en consecuencia se ordenara a esta última a trasladar con destino a Colpensiones, los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados, al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 12 de noviembre de 1961, que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al fondo privado de pensiones y cesantías Horizonte en enero del año 1997 y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. a el 31 de agosto del año 2000, así mismo, mencionó que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se encontraba dentro del régimen de transición, que la AFP no le suministro una debida propuesta debidamente expuesta y explicada a efectos de realizar el traslado de régimen pensional; y que una vez proyectada su mesada pensional en el RAIS esta resulta ser inferior a la que se reconocería en el RPM.

Como fundamento normativo citó los artículos 1, 2, 3, 13, 25, 36, 48, 53, 64 a 66 de la Constitución Política, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 2 del Decreto Ley 797 de 2003, el artículo 2 del Decreto 3995 de 2008, el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009, el artículo 1502, 1508, 1509, 1510, 1511 y 1515 del Código Civil y artículo 1 y s.s. del C.S.T. Así mismo, como fundamentos jurisprudenciales trajo a colación la sentencia C-1024/2004, sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, sentencia SL-1689/2019 y SL1421/2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones dio contestación a la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación efectuada con el fondo privado tiene plena validez, conforme al artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y dado que la demandante ejerció su derecho de libre escogencia de régimen pensional, al igual, que no se demostró algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos e innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A., contestó la demanda, manifestando que se oponía a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentaban la ineficacia de la afiliación, asimismo, indicó que pretendía imponer una

carga adicional que no estaba a cargo de las AFP para la fecha del traslado, ya que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para afiliados como para público en general, igualmente, resaltó que no podía pasarse por alto la decisión de ratificación realizada por la demandante en el traslado horizontal realizado y qué para la fecha entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no existía disposición alguna relacionada con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras de fondos de pensiones en relación con el traslado del régimen pensional, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia había señalado como norma aplicable a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en lo relacionado con el deber de información el numeral 1° del artículo 97 del decreto 663 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

A su turno, Protección S.A., de igual forma, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la asunto, ya que arguyo que la afiliación de la demandante a la AFP PROTECCIÓN era plenamente válida y eficaz, puesto que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente, clara y oportuna de parte de su representada, a través de la firma del formulario de vinculación que cumple todos los requisitos contenidos en el art. 11 del Decreto 692 de 1994 por lo que no existe razón para que

COLPENSIONES deba recibir a LA DEMANDANTE como afiliada al RPM, ya que no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: ABSOLVER, a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante.

SEGUNDO: CONDENAR, en costas a la demandante Fijándose como agencias en derecho la suma de NOVECIENTOS MIL PESOS (\$900.000).

TERCERO: En Caso de no ser apelada esta providencia se remitirá en el grado jurisdiccional de consulta al tribunal superior.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que si bien con los formularios de afiliación no se desprende que se hubiese brindado ningún tipo de información frente al traslado a efectuar, pues en este simplemente se plasmó la firma junto con sus datos personales, no era menos que se encontraba probado que la demandante si recibió la información clara y suficiente respecto al traslado del régimen pensional, de acuerdo con lo confesado por la actora en el interrogatorio de parte rendido a solicitud de los apoderados de Porvenir S.A. y Protección S.A., por lo que no podía declararse la ineficacia de la afiliación reclamada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, solicitó la revocatoria de la sentencia, mencionando que conforme con la decisión emitida, a la demandante a efectos de que se trasladara de régimen se le dio una información errada en cuanto se le dijo que los aportes pensionales que efectuara en el RAIS podían ser validados en su país natal (Perú), sin que ello, fuere cierto, y que si bien se le informo sobre los rendimientos del sistema pensional no es todo lo que implica el traslado, puesto que no se le advirtió de las calidades que el exigían el 110% de su pensión, el monto de la mesada y otros; enfatizó en señalar que de conformidad con la sentencia SL1024/2004, el derecho de elección entre los distintos regímenes pensionales no constituyen un derecho absoluto, adicionó manifestando que la falta de información de manera integra y adecuada a los usuarios constituye un elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación al RAIS por los Fondos, y finalmente, que no se demostró por parte de las AFP quienes tenían la carga de la prueba que hubieren cumplido con este requisito.

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, he 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 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.

Precisado lo anterior y toda vez que el reparo de la recurrente se centra en lo atinente a que con el fallo se indicó que la demandante había recibido la información completa sobre el régimen de ahorro individual, siendo que del dicho de la demandante se desprendía que había recibido información sesgada y parcial, pues como características del régimen aludido solo le explicaron que los rendimientos serían divididos en ciertos años para determinar el monto de su mesada pensional y con ello podría ser más alta, sin que se le informara la realidad de las características del mismo, ni las consecuencias negativas de este, ni se le indicaron los aspectos que le podían beneficiar del régimen de prima media, se procede a analizar si en el presente asunto se cumplió con el deber de información suficiente para la escogencia del régimen pensional.

Descendiendo en el análisis, se advierte que reposan en el expediente la solicitud de traslado de régimen radicada por la demandante ante Horizonte Pensiones y Cesantías el 1 de enero de 1997 y la solicitud de traslado de AFP radicada ante Porvenir el 22 de julio de 1999, apreciándose que en esta última se registra en uno de los acápite denominados voluntad del afiliado lo siguiente: *“HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS*

DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARÓ QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME HICISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS (5) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.”

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que la anterior declaración se efectuó cuando la demandante ya se había cambiado de régimen pensional, pues lo que estaba realizado era un cambio de administradora dentro del mismo régimen, por lo que resulta extraña su estipulación en dicho formulario, en todo caso, la afirmación señalada es demasiado abstracta e imprecisa pues indica que fue asesorada sobre todos los aspectos del régimen pensional y la implicaciones de su decisión, no obstante, no se puntualiza cuáles son estos, tan solo atina a indicar que se suministró asesoría especialmente respecto al régimen de transición y los bonos pensionales, por lo que de ello no es factible colegir que se hubiese suministrado una información suficiente, clara y oportuna a la demandante.

Lo anterior, tampoco es factible colegirlo de lo expuesto por la demandante en el interrogatorio de parte vertido a solicitud de las demandadas, pues en este se indicó que su traslado a la AFP Porvenir S.A., se dio impulsado por el hecho de que podía trasladar sus aportes al sistema de seguridad social de Perú, su ciudad natal en caso de querer retornar, que los asesores

llegaban a su lugar de trabajo, y junto con sus compañeros, se suministró información de manera general, abordándose posteriormente a cada funcionario para hacer la afiliación, también, señaló que la asesora en su momento informó sobre la generalidad de la afiliación, mencionó que si había recibido los extractos de Porvenir S.A., señaló que deseaba retornar al régimen de prima media porque cuando cumplió los 57 años de edad se acercó a verificar los requisitos para su pensión, y que fue allí donde se le indico que su mesada pensional sería de un salario mínimo cuando sus cotizaciones son superiores, y que fue también en dicho momento cuando se enteró que había podido retornar al RPM a los 47 años, siendo para entonces ya muy tarde.

Así las cosas, se tiene que pese a que obran los formularios de traslado de régimen realizado a la AFP Porvenir S.A. y de traslado posterior a la AFP Protección S.A., estos no resultan suficientes, por las razones ya señaladas y atendiendo lo dispuesto en los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada 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, pues ello tampoco era posible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, pues en este la misma dio cuenta de las reuniones realizadas por los fondos privados y puntualizó que la información suministrada solo mencionó los aspectos positivos que generaba la afiliación y/o traslado a las

administradoras del régimen de ahorro individual, sin que se advirtiera como lo mencionó la *a quo* que en el interrogatorio la demandante hubiese confesado que recibió la información debida, pues aunque es cierto que la demandante indicó que recibió información sobre las generalidades de la afiliación, recibió extractos y se le dieron razones muy de fondo para adoptar la decisión de trasladarse de régimen, no puede perderse de vista que la información que relata la demandante le fue suministrada consistió en que sus aportes podían ser trasladados a su país natal, que tendría la oportunidad de tener una mesada pensional mejor y podría pensionarse a una edad más temprana, adicionalmente, indicando que solo hasta que cumplió los 57 años de edad, cuando solicitó una proyección de su pensión se enteró de la realidad de las condiciones en que se daría su pensión.

De lo anterior, no es posible colegir que la pasiva suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora inicialmente a Horizonte el 1 de enero de 1997 y posteriormente a Protección S.A. el 31 de agosto de 2000.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos

sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL4989-2018, 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 a la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Aunado a lo anterior, la

afiliación al ser el acto jurídico a través del cual una persona ingresa al Sistema General de Pensiones, o cambia de régimen pensional, lleva a que los afiliados acepten en ese momento los derechos y las obligaciones que el mismo sistema le impone para tener derecho a las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, por ende la declaratoria de ineficacia no puede estar sujeta a las reglas de la prescripción, pues la validez de la afiliación puede afectar de manera ostensible la pensión de vejez del afiliado y por ello se puede revisar judicialmente en cualquier momento para evitar un perjuicio irremediable; así mismo, con fundamento en las anteriores consideraciones y por las mismas resultas del proceso, no hay lugar al estudio de las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador 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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de julio de 2021, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la demandante MARIANELA ESPINOZA BORDA, realizada a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A. a partir del 1 de enero de 1997 y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a partir del 31 de agosto de 2000. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000 y en primera instancia la suma de \$1.000.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por GILBERTO GRILLO ROJAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 027 2019 00808 01

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

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 demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de agosto de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por la apoderada del demandante, quien peticionó se confirmara el fallo de primera instancia, toda vez que dentro del proceso no se demostró que para realizar la vinculación o traslado de régimen se le hubiera realizado al demandante la explicación de las implicaciones de dicho traslado de manera integral, refirió que existía una copiosa línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado la cual resultaba vinculante en todos y cada uno de los procesos donde se abordaba este problema jurídico. Finalmente, indicó frente a la condena de la devolución de los gastos de administración que el no acatamiento de ello, desfavorece al actor en su mesada pensional.

Porvenir S.A., solicito revocar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado, ya que se cumplió con la carga probatoria encaminada a demostrar que existió un consentimiento informado, libre y voluntario por parte de la demandante, puesto que además del formulario de afiliación, se encuentra la conducta del actor al permanecer por un espacio de más de 22 años afiliado en el RAIS y permitió el descuento con destino al Fondo Privado y se evidenció que la demandante realizó traslados horizontales entre AFP y que contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo.

A su turno, Colpensiones, señaló que la decisión debía igualmente revocarse ya que no se había demostrado la falta al deber de información por parte de las AFP e indica que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062

de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo, sino por el contrario valida el acto en todo su contenido.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara la nulidad de la afiliación que realizó al Fondo de pensiones AFP PORVENIR S.A, así como que, la única afiliación válida al sistema general de pensiones era la efectuada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, en consecuencia, se ordenara a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la reliquidación de la pensión de vejez en cuantía del 90% del Ingreso Base de Liquidación, el retroactivo pensional a que hubiere lugar, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 4 de febrero de 1954; que cotizó al Instituto Seguros Sociales desde el 14 de septiembre de 1979 hasta el 31 de enero de 2014 un total de 1.548,86 semanas; que el 4 de septiembre de 1999 se trasladó del RPM al RAIS; que no recibió asesoría ni un buen consejo, información cierta, suficiente, clara y oportuna, ya que no conoció las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión, la fecha de rendición normal del bono pensional y diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas en el RAIS; que el 29 de septiembre de 2003 la AFP HORIZONTE le informó al actor que podía trasladarse de régimen sólo hasta el 29 de enero de 2004; que el demandante suscribió y radicó formulario del traslado en el

ISS el 7 de enero de 2004; que el traslado es rechazado por no cumplir el tiempo mínimo de permanencia; que el 12 de abril de 2011 la AFP Horizonte le informa que en virtud del fallo de tutela proferido por el Juzgado 59 Penal Municipal de Bogotá el traslado había sido aprobado; que se le informa que el traslado sería efectivo a partir del 1 de junio de 2011.

Manifestó que solicitó ante Colpensiones la pensión de vejez, el día 1 de septiembre de 2014, siendo negada mediante Resolución No. GNR 20823 del 30 de enero de 2015, por no cumplir la edad, decisión confirmada mediante Resolución No. GNR 173927 del 12 de junio de 2015; que el 12 de febrero de 2016, el demandante solicitó nuevo estudio de la pensión de vejez por haber alcanzado la edad de 62 años; que mediante Resolución No. GNR 72418 del 8 de marzo de 2016 Colpensiones reconoce la pensión de vejez con base en la Ley 797 de 2003 y finalmente, que mediante escrito del 22 de junio de 2009, el demandante solicita re liquidar su mesada pensional con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 13, 33, 36 y 271 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, así como también las sentencias de la CSJ Expediente No. 31989 de 2008 y SL12136-2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 62 a 77, en el que se

opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que la afiliación fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales; lo que se apreciaba en la solicitud de vinculación No. 01238050 en donde se hace la declaración escrita a que se refería el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, adicionalmente, señaló que siempre le garantizó el derecho de retracto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 del Decreto 1161 de 1994, el artículo 13 original de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, con el comunicado realizado en el diario el Tiempo en donde se informó sobre la posibilidad de trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, refiriendo que con la demanda la parte actora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (Modif. Ley 797 de 2003) y que en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivientes. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación como aparece de folios 117 a 130, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que no obraba prueba alguna que evidenciara que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta del deber de información) por parte de la AFP o que se estaba en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o

dolo), ni se evidenciaba dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante por el contrario señaló que se observaba que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria sin observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, manifestó que el demandante no cumplía con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, ni los lineamientos jurisprudenciales dados por la CSJ, por lo que no es acreedor a la aplicación del principio de favorabilidad. Propuso las excepciones que denominó: descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de agosto de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor GILBERTO GRILLO ROJAS 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 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Y se declara la ineficacia de los traslados horizontales dentro del RAIS.

SEGUNDO: CONDENAR A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y aportes para garantía de pensión mínima por el tiempo en que el actor estuvo afiliado en dicha entidad.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reliquidar la pensión de vejez reconocida al demandante **GILBERTO GRILLO ROJAS** conforme lo establece el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1° de noviembre de 2014 en la suma de \$5.308.845,30 la cual deberá reajustarse anualmente con los incrementos de ley, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar al señor **GILBERTO GRILLO ROJAS** la suma de \$243.386.746,63 correspondiente a la diferencia entre el valor de la mesada pensional reconocida y la que acaba de reliquidarse hasta el 30 de julio de 2021, la cual fue liquidada y deberá continuar pagando la diferencia que se siga causando hasta que se incluya en nómina al actor con la mesada reliquidada.

QUINTO: SE ABSUELVE de las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas.

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho. No se condena a Colpensiones conforme lo indicado en la parte motiva de este proveído.”

Como fundamento de su decisión, indicó que acoge el criterio jurisprudencial dispuesto y reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias SL 1688 de 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, por medio de las cuales la Corte ha definido de manera expresa que las sanciones impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamento en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a ello señaló respecto de la carga probatoria en este tipo de procesos se ha manifestado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se trasladó al RAIS esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse por quien lo invoca por lo

que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

Respecto al régimen de transición, advirtió que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el demandante cumple con los requisitos para hacerse acreedor al mismo y por consiguiente su derecho prestacional debía ser re liquidado bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, resaltando que la prestación debería ser reconocida a partir de la fecha en que se acredita la desafiliación al sistema. No accedió al pago de intereses moratorios en la medida en que la condena surge con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado por lo que COLPENSIONES no incurre en omisión alguna.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, en su recurso de apelación, solicitó se revocara la decisión, indicando que su representada nada tuvo que ver con la suscripción del negocio jurídico celebrado entre el demandante y PORVENIR S.A., ni estuvo durante la suscripción del formulario pero si tiene que asumir la prestación. También solicitó tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera señalando que este no se creó de manera caprichosa sino para salvaguardar el patrimonio de las personas que si venían cotizado día a día al régimen de prima media, en razón a que la manera como se llevan los distintos regímenes eran completamente diferentes y a pesar que los jueces venían ordenando regresar todos los dineros a veces no se alcanzaban a cubrir todas esas

expectativas pensionales lo que iba en detrimento de quienes si venían cotizando día a día.

Por su parte, la apoderada de PROVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida, al considerar que no le asiste razón a la falladora de instancia de declarar la ineficacia con fundamento en la falta de información, teniendo en cuenta que dentro del asunto quedó demostrado que ello si ocurrió, más aun cuando la AFP fue quien informó al afiliado la posibilidad de retornar al RPMPD, en el año 2003, materializándose en el año 2011. Por otro lado, indicó que no es factible hacer la devolución de gastos de administración, esto de conformidad al artículo 113 literal b de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un tres por ciento de la cotización a los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que sostuvo que dichos gastos no forman parte de la pensión de vejez del actor; respecto a la excepción de prescripción indicó que debió prosperar por lo menos de manera parcial en la medida en que estos no eran netamente económicos, no hacían parte de los dineros destinados a la pensión y por tanto, no tenían la protección de imprescriptibilidad. Finalmente solicito se comparta la condena en costas con Colpensiones bajo el principio de objetividad y dado que las condenas o quehaceres son en contra de las dos entidades.

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, he 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 el reconocimiento de su prestación pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, 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, de l 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.

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que el señor Gilberto Grillo Rojas se trasladó al RAIS el 4 de septiembre de 2009, posteriormente a Colpatria el 28 de julio de 2000 y que retorno al RPM el 7 de abril de 2011, así como que le fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones, a partir del 4 de febrero de 2016, en cuantía inicial de \$3.965.118, bajo los parámetros consagrados en la Ley 797 de 2003, según da cuenta la Resolución No. GNR 72415 del 8 de Marzo de 2016, obrante a folio 41 a 47 del plenario, con lo que no queda duda que se encuentra en una situación jurídica consolidada, al ostentar la calidad de pensionado.

En esa línea, inicialmente podría decirse, que ello daría lugar a que se acogiera el criterio jurisprudencial de nuestro máximo órgano, expuesto en sentencia SL 373-2021; empero, ha de traerse a colación, lo que la misma Corporación para el caso en particular (pensionado en RAIS), ha precisado, en sentencia SL2159-2022, así:

*“Pues bien, aterrizando lo dicho al presente caso se colige que la actora posee actualmente una situación jurídica consolidada, al ostentar la calidad de pensionada, lo cual, en principio, daría lugar a la observancia del criterio jurisprudencial de esta Corporación, visible en sentencia SL373-2021, **según el cual no luciría posible la declaratoria de la ineficacia del traslado por existir un hecho consumado que no es razonable retrotraer, sin embargo, la prestación económica en comento no fue reconocida por el fondo pensional sobre el cual se discute la eficacia de la afiliación, sino por el cual se quiere «validar la afiliación en pensión»**; circunstancia fáctica que, para el presente caso, desmonta y torna impropios los argumentos esbozados en la providencia ibídem para erigir la postura de esta Sala, que de ser procedente el reconocimiento del derecho pensional de la demandante bajo los apremios del régimen de transición, conforme lo solicitado en el libelo demandatorio, **el mismo sería sufragado con los mismos recursos con los cuales ha venido siendo cancelada su mesada pensional.***

Así pues, se adentra la Sala en determinar si la demandante tiene derecho a la reliquidación de su derecho pensional.”

De igual forma, tampoco puede decirse, que los traslados posteriores convaliden el inicial o que no se pueda analizar el mismo para el momento en que aconteció, pues, de igual, en sentencia de la CSJ SL5280-2021, se reitera la obligación de verificar tales circunstancias y si efectivamente el traslado de régimen del RPM a RAIS, es ineficaz o no, en aquellos, casos como el que nos ocupa, el afiliado ya ha retornado al RPM, la cual reza:

“Igualmente, desde el punto de vista jurídico, la consideración del Tribunal también resulta errónea pues, como se explicó en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad.

Finalmente, la consideración del Tribunal en este punto fue en extremo contradictoria, pues coligió que el traslado inicial al RAIS había quedado superado, o que había culminado en sus efectos jurídicos con el retorno posterior al RPM, pese a que en la misma decisión le dio todos sus efectos a esa medida para deducir que la demandante había perdido el régimen de transición.

Es decir que, en torno a este primer tópico, la acusación es fundada.

Ahora bien, en segundo lugar, al desviar su mirada de la verdadera discusión planteada en el proceso, el Tribunal incumplió con su carga de

analizar si el traslado de la demandante del RPM al RAIS, ocurrido en 1998, había estado rodeado de todas las garantías y procedimientos tendientes a que la afiliada hubiera adoptado su decisión en condiciones verdaderamente libres y voluntarias o a que contara con una libertad informada.”

Descendiendo en el análisis, se advierte que reposan en el expediente la solicitud de traslado de régimen radicada por la demandante ante la AFP Porvenir S.A. el 4 de septiembre de 1999 (fl. 109),) y el posterior traslado de AFP a Colpatria el 28 de julio de 2000 (fl. 108 reverso), apreciándose que en la primera de estas se registra en uno de los acápites denominados voluntad del afiliado lo siguiente: “*HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. IGUALMENTE DECLARO QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS 5 DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.*”

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que la afirmación señalada es demasiado abstracta e imprecisa pues indica que fue asesorado sobre todos los aspectos del régimen pensional y la implicaciones de su decisión, no obstante, no se puntualiza cuáles son estos, tan solo atina a indicar que se suministró asesoría especialmente respecto al régimen de transición y los bonos pensionales, por lo que de ello no es factible colegir que se hubiese suministrado una información suficiente, clara y oportuna a la demandante.

Lo anterior, tampoco es posible acreditarlo de lo expuesto por el señor Gilberto Grillo Rojas, en el interrogatorio de parte vertido a solicitud de las demandadas, pues en este, indicó que no recibió asesoría o información alguna, que simplemente que el asesor les habló del RAIS, que podía trasladarse en cualquier tiempo, que los dos regímenes eran similares y que podía pensionarse antes de la edad si realizaba aportes voluntarios.

Así las cosas, se tiene que pese a que obra el formulario de traslado de régimen realizado a la AFP Porvenir S.A., este no resulta suficiente, por las razones ya señaladas y atendiendo especialmente lo dispuesto en los precedentes jurisprudenciales citados, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, pues ello tampoco era posible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, pues se reitera en este el actor solo dio cuenta que la información suministrada consistió en los aspectos positivos que generaba la afiliación y/o traslado a la administradora del RAIS, sin que se advirtiera como lo mencionó la a quo, que en el interrogatorio el demandante hubiese reconocido que recibió la información debida, no puede perderse de vista que la información que relata el demandante, no conduce a concluir 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.

En ese orden de ideas, no es posible colegir que la pasiva suministró al demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Porvenir S.A. el 4 de septiembre de 1999 y posterior a Colpatria el 28 de julio de 2000.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, esto es, retrotraerse los afectos de ésta, es decir, que las cosas regresen a su estado anterior, lo que implica considerar que el demandante sigue vinculado a Colpensiones sin solución de continuidad, con los efectos jurídicos y económicos que ello comporte; por lo que sería del caso, ordenar que la AFP Porvenir S.A., traslade a Colpensiones los aportes para pensión que le fueron consignados, junto con los rendimientos financieros generados, los bonos pensionales, si no fuese porque, los mencionados conceptos fueron girados a COLPENSIONES, en el momento en que se realizó el retorno al régimen de prima media el día 7 de abril de 2011.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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, debiéndose precisar que en lo que respecta a la excepción de prescripción cuya aplicación se solicita si quiera de manera parcial frente a los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración, por ejemplo las mesadas tal como se señaló entre otras por la C.S.J., S.C.L., en la sentencia SL1688-2019, al constituir los gastos de administración parte de la situación jurídica como se indicó en la referida sentencia, no estarían afectados por el fenómeno de la prescripción.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez ordenada por la falladora de primera instancia bajo los parámetros consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, procede la Sala a dar respuesta a dicho problema jurídico planteado.

El parágrafo transitorio 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 001 de 2005 previó que con posterioridad al 31 de julio de 2010 quien invoque la aplicación del régimen de transición previsto

en el artículo 36 de la Ley 100, debe acreditar que al 22 de julio de 2005 contaba con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicio, para que se extienda el beneficio hasta el año 2014.

Las pruebas obrantes dentro del proceso, acreditan que el demandante para el 01 de abril de 1994, tenía 40 años de edad al haber nacido el 4 de febrero de 1954 (fl. 14), motivo por el cual cumple el primer requisito para ser beneficiario del régimen de transición el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Revisada la historia laboral del actor que obra a folios 20 a 27, se evidencia que para la fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 001 de 2005 (25 de julio de 2005), acreditó 1.082.25 semanas, cumpliendo a su vez el segundo de los requisitos exigidos por la norma precitada.

Establecidos los presupuestos para extender el régimen de transición del demandante hasta el año 2014, se verificara si reúne los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, como quiera que demostró un total de 1.548,86 semanas cotizadas y 60 años de edad.

En este orden de ideas el derecho pensional deberá ser otorgado tal como lo señaló la juez de primera instancia a partir del 1 de noviembre de 2014, fecha de desafiliación del actor al sistema de seguridad (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990), con el IBL determinado en Resolución No. GNR 72415 del 8 de marzo de 2016 por valor de \$5.898.717, como quiera que el mismo efectivamente no es objeto de discusión, aplicando una

tasa de reemplazo del 90% de conformidad con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 y en los términos del párrafo sexto del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, con el reconocimiento de 13 mesadas al año, ya que su mesada pensional resulta ser superior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, verificada la liquidación efectuada en primera instancia, se evidencia que el valor señalado de la mesada pensional para el año 2014 es de \$5.308.845,30, cuando lo cierto es, que dicha mesada corresponde al año 2016, advirtiéndose entonces, a partir de ello, errores en las operaciones aritméticas efectuadas, por lo que, se remitió las diligencias al Grupo Liquidador designado por el Consejo Superior de la Judicatura, a efectos de que realizare nuevamente la reliquidación de la pensión del actor teniendo los citados parámetros, obteniendo que la mesada pensional, para el año 2014, corresponde a una cuantía de \$ 4.796.667,32 y que para el año 2022 asciende a la suma de \$6.716.839 a la que se le aplicarán en lo sucesivo los ajustes anuales de ley.

Así las cosas, se dispondrá el pago a favor del demandante del retroactivo pensional generado a partir del 1 de noviembre de 2014 hasta el 03 de febrero de 2016, más las diferencias pensionales causadas desde el 04 de febrero de 2016 hasta el 31 de agosto de 2022, conforme los cálculos efectuados, y las que se sigan causando, así:

- **Cálculo del retroactivo de las mesadas pensionales**

Tabla Retroactivo Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
01/11/14	31/12/14	1,94%	\$ 4.796.667,32	\$ 0,00	\$ 0,00	3,00	\$ 14.390.002,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 4.972.225,34	\$ 0,00	\$ 0,00	13,00	\$ 64.638.929,5
01/01/16	03/02/16	6,77%	\$ 5.308.845,00	\$ 0,00	\$ 0,00	1,10	\$ 5.839.729,5
				Subtotal retroactivo desde 01/11/2014 a 03/02/2016			\$ 84.868.660,9

▪ **Cálculo de las diferencias pensionales**

Tabla Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
04/02/16	31/12/16	6,77%	\$ 5.308.845,00	\$ 3.965.118,00	\$ 1.343.727,00	11,90	\$ 15.990.351,3
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 5.614.104,00	\$ 4.193.112,29	\$ 1.420.991,72	13,00	\$ 18.472.892,3
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 5.843.721,00	\$ 4.364.610,58	\$ 1.479.110,42	13,00	\$ 19.228.435,5
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 6.029.551,00	\$ 4.503.405,19	\$ 1.526.145,81	13,00	\$ 19.839.895,5
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 6.258.674,00	\$ 4.674.534,59	\$ 1.584.139,41	13,00	\$ 20.593.812,3
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 6.359.439,00	\$ 4.749.794,60	\$ 1.609.644,40	13,00	\$ 20.925.377,2
01/01/22	31/08/22	5,62%	\$ 6.716.839,00	\$ 5.016.733,05	\$ 1.700.105,95	8,00	\$ 13.600.847,6
				Subtotal diferencia desde 04/02/2016 a 31/08/2022			\$ 128.651.611,67

Tabla Liquidación	
Subtotal retroactivo desde 01/11/2014 a 03/02/2016	\$ 84.868.660,94
Subtotal diferencia desde 04/02/2016 a 31/08/2022	\$ 128.651.611,67
Total	\$ 213.520.272,6

Para un gran total de **\$213.520.272,6.**

Destacándose, que se autoriza a la demandada Colpensiones a descontar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, generados desde el momento en que se causó la mentada prestación económica.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte AFP Porvenir S.A., en relación a la no imposición de

costas a Colpensiones, se tiene que el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, y al evidenciar que se incurrió en agencias en derecho procede el pago de las mismas a cargo de las demandadas.

En consecuencia, se MODIFICARÁ el numeral 3°, 4° y 7° de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de indicar que la cuantía de la mesada pensional al 1 de noviembre de 2014 corresponde a la suma de \$4.796.667,32, que el total del retroactivo pensional junto con las diferencias causadas de la misma corresponde a la suma de \$213.520.272,6, y que se condena de igual forma a Colpensiones en costas procesales, respectivamente.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

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 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de agosto de 2021 en el sentido de indicar que la cuantía de la mesada pensional al 1 de noviembre de 2014 corresponde a la suma de \$4.796.667,32.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de agosto de 2021 en el sentido de indicar que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES deberá pagar a favor del actor la suma de \$84.868.660,94, por concepto de retroactivo pensional generado a partir del 1 de noviembre de 2014 hasta el 03 de febrero de 2016 y la suma de \$128.651.611,67 por concepto de las diferencias pensionales causadas desde el 04 de febrero de 2016 y liquidadas hasta el 31 de agosto de 2022, destacando que esta última deberá continuar siendo liquidada mientras se siga causando hasta que se incluya en nómina al actor con la mesada reliquidada.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 7° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de agosto de 2021 en el sentido de condenar en costas a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.**

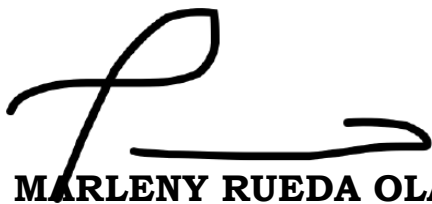
CUARTO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIO TORRES BELTRAN
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 029 2021 00374 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que en el presente caso no se configuran los presupuesto de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que el demandante fue informado por el fondo de forma veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo que no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que el actor siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la

medida que por parte AFP se cumplió a cabalidad con las obligaciones que el correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado mediante formulario de afiliación el 15 de septiembre de 2004 con Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustento sus pretensiones, en que nació 5 de marzo 1956; que realizó cotizaciones para pensión el extinto Instituto de Seguros Sociales, desde el 7 de enero de 1980 hasta el 31 de diciembre de 2020; que fue trasladado del RPM al RAIS el 15 de septiembre de 2004 administrado por Porvenir S.A., sin que el asesor de dichos le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó 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, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el artículo 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado que realizó el actor se efectuó en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen, prefiriendo al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del

ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena de costas, declaratoria de otras excepciones.

Porvenir S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado a la AFP fue completamente valido, el cual estuvo precedido por una asesoría pertinente y necesaria, para adoptar una decisión lo más informada posible, esto de conformidad al numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Propuso 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 18 de mayo de 2022, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciera el señor MARIO TORRES BELTRAN identificado con C.C. N. 218308, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIRS.A., el 15 de septiembre de 2004, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante MARIO TORRES BELTRAN, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y de la SS.

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 hasta la actualidad mediante la cual ha fijado reglas que se cumplen desde esa

época, las cuales señaló consisten en el deber de información que se tenía al momento de trasladarse la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, información que debía ser suministrada por el fondo al que se trasladó la demandante, así como también la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones que deben demostrar que efectivamente se cumplió con el deber de información y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es prueba suficiente de ese consentimiento informado.

IV. 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, he procedido 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.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del 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 afiliación a Porvenir S.A., el 15 de septiembre de 2004.

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, suministro 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, 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."

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, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

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:

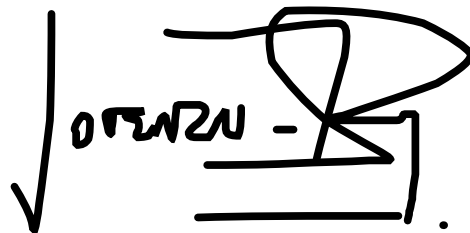
PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA CONSULTA proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de mayo de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida 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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA MARLEN POVEDA ZAMBRANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 030 2020 00434 01

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

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 Porvenir S.A, Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancias, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

La apoderada de COLPENSIONES manifestó que la demandante se encuentra afiliada en el RAIS desde su traslado en el año 2003 y las

cotizaciones desde dicho año hasta la actualidad dejaron de ser utilizadas por la Entidad para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido sus requisitos afectando el ciclo piramidal que consiste en que las cotizaciones de pensiones de las personas activas laboralmente son utilizadas para cubrir las pensiones de las personas que cumplieron con los requisitos para pensionarse. En consecuencia solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Colfondos S.A., el traslado de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, así como también que Porvenir S.A., reembolse de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Sustento sus pretensiones, en que ha prestado sus servicios como empleada en varias empresas privadas y entidades públicas del país desde junio de 1998; que estuvo vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y luego se vinculó al RAIS con la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A; que el 27 de abril de 2010 se trasladó a Colfondos S.A; sin que los asesores de dichos fondos privados la suministraran información consistente, veraz y objetivamente verificable, que permitiera tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5, 6, 13, 23, 29, 53, 209 de la Constitución Nacional; los artículos 11, 12 y 271 de la ley 100 de 1993; el Decreto 665 de 1990; el Decreto 3486 de 1982; la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera; la Ley 1328 de 2009; la Ley 1480 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo que la afiliación que realizó la

demandante en el año 2003, se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, al considerar que la afiliación se presentó en virtud del derecho a la libre escogencia de régimen pensional, siendo el RAIS la elección de la actora, adicionalmente los asesores comerciales brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado horizontal. Propuso 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 la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora se trasladó de forma horizontal, existiendo una ratificación tácita de que trata el artículo 1754 del Código Civil. Propuso las excepciones de perfeccionamiento de actos de relacionamiento, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad financiera, inexistencia del derecho, pago de lo debido, prescripción, caducidad y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 2 de diciembre de 2021, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante ANA MARLEN POVEDA ZAMBRANO identificada con cédula de ciudadanía No.39.533.142 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su momento por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por HORIZONTE S.A. hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 1 DE AGOSTO DE 2003 conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Condénese a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es a partir del 1 de JUNIO de 2010 Y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a HORIZONTE S.A. HOY PORVENIR S.A., a devolver los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo junto con la correspondiente indexación, esto es del 1° de agosto de 2003 hasta el 31 de mayo de 2010.

CUARTO: Declárese válidamente vinculada la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO:CONDENAR en costas a, PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma de \$3.448.800. A cargo de cada una de ellas.

OCTAVO: sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES.

NOVENO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que los fondos de pensiones tienen la responsabilidad de demostrar en juicio que documentaron suficientemente el cambio de régimen esto quiere decir que el posible afiliado recibió la asesoría necesaria para tener los suficientes conocimientos para tomar una decisión debidamente informada suministrándole de esta manera las bondades y beneficios de estar en el régimen de prima media así como desventajas de estar en uno y otro régimen, así como también, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que el formulario de afiliación es un documento público, valido que se presume autentico, el cual no fue tachado de falso, y no puede restársele valor probatorio en virtud de que nace en cumplimiento del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, así como también implica que a la actora se le asesoró en debida forma, existiendo otras pruebas como lo son los actos de relacionamiento y la permanencia en el RAIS; refirió que en lo referente a la condena de gastos de administración de forma indexada, son descuentos autorizados por la ley, que no forman parte de la pensión de vejez y por ende son sujetos al termino trienal de la prescripción, por otro lado señaló que se aparta de la no imposición de costas a Colpensiones de conformidad con el articulo 365 del C.G.P.

La apoderada de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial al considerar que no se probó en el presente asunto que la afiliación con la AFP no se hubiera dado con el lleno de los requisitos de la Ley 100 de 1993, sin que se este en presencia de vicios en el consentimiento que permite la declaratoria de ineficacia; presenta su impugnación en lo referente a la condena de gastos de administración toda vez está en contravía del ordenamiento jurídica, en virtud de que Colpensiones tendría un enriquecimiento sin justa causa.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que va en contravía del ordenamiento legal, toda vez que el traslado que realizó la actora al RAIS se efectuó de forma voluntaria y sin presiones, que se ratifica con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones y se confirma con la actitud pasiva sin buscar informarse sobre su futuro pensional en el término legal establecido por la norma, en consecuencia solicitó se revoque la sentencia proferida y en caso de ser confirmada se ordene la devolución de los gastos de administración y se absuelva de la condena en costas.

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, he 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 afiliación a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 5 de junio de 2003 y posteriormente a Colfondos S.A., el 27 de abril de 2010.

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, suministro 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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

efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, 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 la demandante.

Finalmente, en lo referente al argumento de Porvenir S.A., respecto a las costas procesales, se tiene que no es la legitimada para manifestar inconformidad en cuanto a la decisión de primer grado en lo tocante a la demandada Colpensiones y como quiera que se revisa la decisión también

en grado de consulta a favor de esta última, no hay lugar a variar la absolución respecto de dicho rubro frente a esa demandada.

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 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de diciembre de 2021, 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


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por GLORIA ISABEL
ANGULO SÁNCHEZ contra ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 031 2021 00085 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de noviembre de 2021.

En esta instancia, se allegaron los alegatos por el apoderado de la parte demandante, Porvenir S.A y Colpensiones, presentando sus argumentaciones en que debía revocarse y confirmarse la decisión, respectivamente.

El apoderado de la parte demandante, peticiono revocar la decisión de primera instancia, en cuanto señalo que se probó el incumplimiento de las obligaciones por parte de los Fondos, en caso particular de Protección S.A. en el traslado efectuado para 1999, relacionadas con la no asesoría y falta de información precisa y oportuna; indicó que no se realizó una debida valoración probatoria de los interrogatorios de parte recepcionados y sin que se hubiese allegado soporte alguno de las afirmaciones realizadas por el Representante Legal de la demandada.

Porvenir S.A., solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado, ya que se cumplió con la carga probatoria encaminada a demostrar que existió un consentimiento informado, libre y voluntario por parte de la demandante, y se evidenció que la demandante realizó traslados horizontales entre AFP y que contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo.

Por su parte Colpensiones, indicó que la decisión debía de confirmarse atendiendo a que con los medios de prueba documentales que obran en el expediente se logra

determinar que el traslado efectuado por la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y con el respectivo asesor del Fondo privado e indica que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal que limita la libre escogencia de régimen, desarrollada en el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara la nulidad del traslado que realizó al RAIS a través de la afiliación realizada con Protección S.A. el 1 de octubre de 1999, posteriormente a Porvenir S.A. el 01 de mayo de 2010, y seguidamente con Protección S.A. el 1 de junio de 2017, en consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir en calidad de afiliada a la demandante y a Protección S.A. a devolver la totalidad de los aportes a Colpensiones, junto con sus rendimientos; así mismo, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez o que se ofrezca un plazo razonable para aportar la exigencia de la equivalencia del ahorro, y al pago de las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que nació el 03 de junio de 1968, que empezó a cotizar al sistema al Instituto de Seguros Sociales a partir del 06 de mayo de 1987 hasta el 30 de septiembre de 1999, que el día 26 de agosto de 1999 Protección S.A., la persuadió para que se vinculará a dicho régimen pensional, no obstante, no le informó las implicaciones de trasladarse a dicho régimen pensional, ni como se proyectaría su pensión, ni las desventajas del mismo, faltando a su deber de buen consejo.

Cómo fundamento normativo cito la Ley 100 de 1993, Ley 1748 de 2014, Decreto 656 de 1994, Decreto 3995 de 2008 y Acto Legislativo 01 de 2005, así mismo, como fundamento jurisprudencial trajo a colación la Sentencia 31989 de 2008, 46292 de 2014, T-581 de 2011, C-789-2002, C-1024-2004, T-818-2007, SU-062-2010, T320-2010, T-232-2011 y SU-130-2013.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda cómo se observa en documento No. 018, en dónde se opuso a todas y cada una de las pretensiones refiriendo que no se demuestra causal alguna que permita determinar que la afiliación a la Administradora Privada Protección S.A. presente vicios como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, adicionalmente, indicó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de mérito que denominó: 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 al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica.

A su vez, Protección S.A., dio contestación a la demanda como se observa a en el documento No. 021, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, señalando que a la actora se le brindó una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS, como lo eran: la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual donde se depositan mes a mes sus aportes pensionales ganando rentabilidad financiera de acuerdo con el comportamiento del mercado y el perfil de riesgo de cada afiliado, capital a partir del cual se define la pensión. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguros previsionales, traslado entre AFP'S como actos de relacionamiento en términos de la sentencia SL4934-2020 y la innominada o genérica.

Finalmente, Porvenir S.A., dio contestación a la demanda como se observa en documento No. 022, en dónde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, en la medida que estuvo bajo los presupuestos normativos a los que estaban obligadas las AFP a esa data, y que dados los reiterados traslados realizados por la demandante entre administradoras de fondos de pensiones de dicho régimen, era claro que la demandante voluntariamente se vinculó a este, cotizando año tras año en los diversos fondos en los que estuvo vinculada, resaltó que en lo que respecta a su

representada, su afiliación estuvo precedida de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante GLORIA ISABEL ANGULO SANCHEZ a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION SA, como quiera que el traslado de régimen que efectuó la demandante en 1999 es perfectamente válido.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que bajo los parámetros establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal b, el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 de 1994 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, y de conformidad con los formulario de afiliación y lo manifestado por la actora en el interrogatorio de parte, se logra determinar que se cumple a cabalidad con la totalidad de los presupuestos legales establecidos para la época del traslado, además que se encontraba probado que la demandante si conocía de la restricción consagrada en la Ley 797 de 2003, al ser informada a través de correo electrónico por la AFP,

finalmente, precisó que se evidenciaron múltiples actos de relacionamiento por parte de actora, tales como la cotización continua ininterrumpida en el RAIS y con los más de 5 traslados horizontales de AFP'S, por lo que no podía declararse la ineficacia de la afiliación reclamada ni la nulidad del traslado al no existir error, fuerza ni dolo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, solicitó que se revocara la decisión en su totalidad y en su lugar se accediera a la totalidad de las pretensiones solicitadas, en la medida de que debe garantizar el mínimo vital móvil de la actora, puesto que al momento de realizar el traslado del régimen no recibió la asesoría personal e individualizada por parte de Protección S.A., frente a la conveniencia y el debido consejo; enfatizó, en indicar que resulta ser un hecho relevante que la actora es mayor de edad y el no pertenecer al RPM le resulta ser un perjuicio irremediable. Puntualizó, que la Carta del año 2014 emitida por la demandada Porvenir S.A. a la demandante no se notificó en debida forma, faltando al debido proceso.

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, he 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 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.

Precisado lo anterior y toda vez que el reparo del recurrente se centra en lo atinente a que con el fallo se indicó que la demandante había recibido la información completa sobre el régimen de ahorro individual, siendo que del dicho de la demandante se desprendía que había recibido información sesgada y parcial, pues como características del régimen aludido solo le explicaron que se podía pensional anticipadamente, sin precisar el capital necesario o si se requerían o no semanas de cotización, sin que se le informara la realidad de las características del mismo, ni las consecuencias negativas de este, ni las diferencias entre los regímenes pensionales, se procede a analizar si en el presente asunto se cumplió con el deber de información suficiente para la escogencia del régimen pensional.

Descendiendo en el análisis, se advierte que reposan en el expediente la solicitud de traslado de régimen radicada por la demandante ante Protección S.A. el 1 de octubre de 1999,

la solicitud de traslado de AFP radicada ante Pensiones y Cesantías Santander hoy ING, el 1 de agosto de 2004, la solicitud de traslado de AFP radicada ante Protección S.A., el 1 de abril de 2007, la solicitud de traslado de AFP radicada ante Porvenir S.A., el 1 de mayo de 2010 y la solicitud de traslado de Porvenir S.A. a Protección S.A, el día 1 de junio de 2017 (Pág. 95 a 97 – documento 021, Pág. 25 – documento 022 y Pág. 25 a 26 – documento 016), apreciándose que en la primera de ellas se registra en uno de los acápites denominados voluntad del afiliado lo siguiente: *“HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS”,* y en la solicitud traída a colación por la juzgadora de primera instancia, del año 2004, lo siguiente: *“HAGO CONSTAR BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO QUE LA PRESENTE SELECCIÓN LA EFECTUADA BAJO LOS SIGUIENTES CONSIDERACIONES: A) DE MANERA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES , B) LA INFORMACIÓN A ELLA INCORPORARA ES CIERTA Y VERIFICABLE, C) HE SIDO ASESORADA AMPLIAMENTE RESPECTO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y EN CONSECUENCIA, ENTIENDO Y ACEPTO QUE RENUNCIO A MIS BENEFICIOS, D) SI AL 1 DE ABRIL DE 1994 TENÍA 55 AÑOS O MÁS (HOMBRES), 50 O MÁS AÑOS DE EDAD (MUJERES), DECLARÓ QUE CONOZCO LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR 500 SEMANAS DENTRO DEL RÉGIMEN PARA ACCEDER A DICHOS BENEFICIOS. E) HE SIDO ASESORADO EN TODOS LOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN EN PARTICULAR, EMISIÓN Y TRÁMITE DE BONOS PENSIONALES Y*

CONDICIONES PARA PENSIÓN. F) CONOZCO EL DERECHO DE RETRACTO QUE ME ASISTE DENTRO DE LOS 5 DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FIRMA DE VINCULACIÓN.”

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que la primera declaración es demasiado ambigua y la última se efectuó cuando la demandante ya se había cambiado de régimen pensional, pues lo que estaba realizado era un cambio de administradora dentro del mismo régimen, por lo que resulta extraña su estipulación en dicho formulario, en todo caso, la afirmación señalada es demasiado abstracta e imprecisa pues indica que fue asesorada sobre todos los aspectos del régimen pensional y la implicaciones de su decisión, no obstante, no se puntualiza cuáles son estos, tan solo atina a indicar que se suministró asesoría especialmente respecto al régimen de transición y los bonos pensionales, por lo que de ello no es factible colegir que se hubiese suministrado una información suficiente, clara y oportuna a la demandante.

Lo anterior, tampoco es posible acreditarlo de lo expuesto por la señora Gloria Isabel Angulo Sánchez, en el interrogatorio de parte vertido a solicitud de las demandadas, pues en este indicó que se trasladó inicialmente de Colpensiones a Protección S.A., el 26 de agosto de 1999, ante la persuasión del asesor, puesto que le señaló que su mesada pensional sería más alta, que Colpensiones no se encontraba en ese momento con estabilidad económica y su derecho pensional estaría más seguro, que se podría pensionar rápido y retirar los aportes en caso de así desearlo, que posteriormente, se trasladó a

Porvenir S.A., al haberle asegurado que tendrá acompañamiento en esta área, explicándole nuevamente las ventajas y servicios en dicha AFP; e indicó que para el año 2017 retorna a Protección S.A., ya que nuevamente los asesores le indican que estaría mejor allí.

Así las cosas, se tiene que pese a que obra el formulario de traslado de régimen realizado a la AFP ING y de traslado posterior a la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., estos no resultan suficientes, por las razones ya señaladas y atendiendo especialmente lo dispuesto en los precedentes jurisprudenciales citados, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, pues ello tampoco era posible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, pues se reitera en este la actora solo dio cuenta que la información suministrada consistió en los aspectos positivos que generaba la afiliación y/o traslado a la administradora del RAIS, sin que se advirtiera como lo mencionó la a quo, que en el interrogatorio la demandante hubiese reconocido que recibió la información debida, pues no puede perderse de vista que la información que relata la demandante, no conduce a concluir que la administradora, suministró a la posible afiliada 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.

En ese orden de ideas, no es posible colegir que la pasiva suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con

prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora inicialmente a Protección S.A. el 1 de octubre de 1999, posteriormente a ING el 1 de agosto de 2004, luego de ING a Protección S.A. el 1 de abril de 2007, seguido de Protección S.A. a Porvenir S.A. el 1 de mayo de 2010 y finalmente a Protección S.A. el 1 de junio de 2017.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo

indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL4989-2018, 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 a la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Aunado a lo anterior, la afiliación al ser el acto jurídico a través del cual una persona ingresa al Sistema General de Pensiones, o cambia de régimen pensional, lleva a que los afiliados acepten en ese momento los derechos y las obligaciones que el mismo sistema le impone para tener derecho a las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, por ende la declaratoria de ineficacia no puede estar sujeta a las reglas de la prescripción, pues la validez de la afiliación puede afectar de manera ostensible la pensión de vejez del afiliado y por ello se puede revisar judicialmente en cualquier momento para evitar un perjuicio irremediable; así mismo, con fundamento en las anteriores consideraciones y por las mismas resultas del proceso, no hay lugar al estudio de las

demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con la ineficacia del traslado, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador de primera instancia.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez solicitada, una vez se acredite la desafiliación del sistema, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media. Lo anterior, como quiera que si bien dentro del Régimen de Prima Media se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, en el caso bajo estudio, es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que COLPENSIONES pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante.

Dadas las resultas del proceso, se declarará probada la excepción de inexistencia de la obligación y no probadas las demás.

Costas en las dos instancias a cargo de las demandadas.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de noviembre de 2021, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la demandante **GLORIA ISABEL ANGULO SÁNCHEZ**, realizada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a partir del 1 de octubre de 1999, a ING a partir del 1 de agosto de 2004, a Protección S.A. a partir del 1 de abril de 2007, a Porvenir S.A. a partir del 1 de mayo de 2010 y finalmente a Protección S.A. a partir del 1 de junio de 2017. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones presentadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la presente decisión.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación y no probadas las demás.

SEXTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000 y en primera instancia la suma de \$1.000.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA ISABEL VALBUENA SANCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 035 2021 00263 01

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

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 Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

Por su parte COLPENSIONES., señaló que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, toda vez que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado

de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que por parte AFP se cumplió a cabalidad con las obligaciones que el correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

La parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que el fondo de pensiones debió probar para efecto de la validez, que la información que tenía en ese momento el afiliado le permitía con convicción plena de renunciar a unos beneficios que le aseguraba el régimen de prima media con prestación definida para migrar a uno en donde su derecho pensional estaba sujeto a una serie de variables financieras que no le permitía tener la certeza del valor que podría obtener como reconocimiento de su mesada pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la vinculación que realizó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a Colfondos S.A., trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración.

Sustento sus pretensiones, en que nació prestó sus servicios como empleada en diferentes empresas privadas del país desde julio de 1989; que estuvo legalmente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales; que se traslado a Porvenir S.A., y posteriormente para mayo de 1999 a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5, 6, 13, 23, 29, 53, 209 de la Constitución Nacional, el Decreto 665 de 1999, el Decreto 665 de 1999, el Decreto 3486 de 1982, la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1480 de 2011 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 4964 de 2018, 4989 de 2018 1421 de 2019 y 1688 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones de la demanda, indicó que el traslado de régimen pensional se presentó en virtud del derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección, brindándole a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, adujo la afiliación de la demandante al rais es válida y en consecuencia no hay lugar a realizar traslado alguno a favor de Colpensiones por lo que no hay lugar a realizar traslado alguno al RPM. Propuso las excepciones de falta de competencia, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a 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 (error, fuerza, dolo). Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 13 de mayo de 2022, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por ANA ISABEL VALBUENA SÁNCHEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP COLFONDOS S.A, fondo en el que actualmente está afiliado, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a volver a afiliarse a ANA ISABEL VALBUENA SÁNCHEZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías COLFONDOS S.A

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 081 de 2021, SL 145 de 2021, se menciona que el fondo es quien debe demostrar que brindó la información. En sentencia como la SL 2207 de 2021, resaltó que no es suficiente la información que está en las leyendas de los formularios sino que las AFP tienen la obligación del buen consejo que es el de informar adecuada y detalladamente a los cotizantes.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la entidad es una ajena al acto de afiliación de la demandante; por otro lado menciono que no se tuvo en cuenta que la demandante tenía conocimiento de las características propias del RAIS y fue estas las circunstancias de que la ayudo a permanecer al dicho régimen por más de 27 años; que el aceptar el retorno al RPM contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y pone en peligro

la seguridad social de los demás afiliados esto de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia al considerar que la vinculación de la demandante es completamente valida y eficaz para el año 1994 con la AFP Colpatria, de conformidad con el interrogatorio de parte la actora recibió una asesoría verbal donde recibió la información sobre el régimen pensional y procedió a firma el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; precisó que para la época en que se realizó dicho traslado la norma aplicable para dicha data si se cumplió con el deber de información; por otro lado señaló que en lo referente a la devolución de gastos de administración y sumas adicionales, se aparta de dicha condena en virtud de que dichos descuentos se realizaron de conformidad con el artículo 20 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, he procedido 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 afiliación a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 1 de julio de 1994 y posteriormente a Colfondos S.A., del 21 de mayo 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, suministro 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.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, 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."

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.

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 Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de mayo de 2022, 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


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ESPERANZA COCA GOMEZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 039 2020 00059 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.030.536.323 y tarjeta profesional No. 217.803 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de

consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) así como tampoco se está frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Colfondos S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad que es aquel que por esencial, afecta la validez del acto y la condena a su anulación o rescisión judicial.

La parte demandante, manifestó que se demostró en el proceso que la AFP Colfondos, no le brindó la información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado, tales como la probabilidad de pensionarse en cada régimen, la proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos en cada régimen.

I. ANTECEDENTES

La señora Esperanza Coca Gómez, pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó a Colfondos S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a dicha AFP devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación que se encuentran en la cuenta de ahorro individual; como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 26 de diciembre de 1963; que desde marzo de 1984 empezó a cotizar Instituto de los Seguros Sociales hasta el 30 de noviembre de 1995; que el 31 de octubre de 1995 se trasladó a 1 fondo Privado Colfondos, sin que se le hubiera brindado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; tales como la probabilidad de pensionarse en cada régimen.

Como fundamento normativo, citó la Circular 16 de 2016 de la Superintendencia Financiera; el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018, 4989 de 2018 y 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual no se opuso a las pretensiones incoadas en su contra al considerar que a pesar de que la afiliación es completamente válida y la AFP obro de acuerdo a los parámetros establecidos por la ley, si el despacho lo considera viable ordenar el traslado la entidad no se opondrá. Propuso las excepciones de buena fe, genérica, 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 que de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de falta de competencia, 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 23 de mayo de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO:DECLARAR que el traslado que hizo la señora ESPERANZA COCA GOMEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS.S.A., con efectividad a partir del 01 de noviembre de 1995 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y gastos por administración(éstas debidamente indexadas), durante todo el tiempo que se ha encontrado afiliado el demandante, esto es desde el 01 de noviembre de 1995y hasta que se haga efectivo el traslado, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero pagados por seguros previsionales como lo son seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones judiciales para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, esto en contraparte de COLFONDOS S.A.

SEXTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SEPTIMO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación, solicito se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de conformidad con los preceptos legales y jurisprudenciales.

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, he procedido 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 01 de noviembre de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que se trasladó al régimen privado administrado por Colfondos S.A., en virtud de que el asesor de dicho fondo pensional le indicó que podría perder las cotizaciones realizadas en el régimen de prima media y que la mejor opción era vincularse a un fondo privado, sin que se tuviera una proyección de su pensión.

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, no 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.

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,

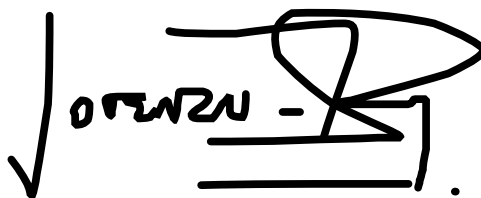
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de mayo de 2022, 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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUCY HELENA
ALBARRACÍN BELLO CONTRA EDITORIAL TELEVISA
COLOMBIA CULTURAL S.A. HOY EN LIQUIDACIÓN.**

RADICADO: 11001 3105 034 2019 00130 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las apoderadas de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se condenara a la demandada a pagarle la indemnización que le correspondía por la renuncia imputable al empleador de la que fue objeto, a la indexación de las sumas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a los gastos y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que el 1° de febrero de 2001, mediante contrato a término indefinido, se vinculó con la empresa Editora 5 Cultural S.A. para desempeñarse como directora comercial; que debido a la sustitución patronal acaecida entre Editora 5 Cultural S.A. y Editorial Televisa Colombia Cultural S.A., pasó a ser empleada de Televisa en el cargo de ejecutiva comercial; que el día 20 de noviembre de 2015, radicó carta de renuncia motivada al ser víctima de acoso laboral, por parte de la gerente general de la demandada señora Beatriz Pizano; que el 1° de diciembre de 2015, la demandada aceptó su renuncia, debido a que en la reunión extraordinaria del comité de convivencia se determinó que no hubo acoso; aclaró que el comité de convivencia laboral se organizó el mismo día en que sucedieron las conductas constitutivas de acoso y que el mismo no cumplía los requisitos formales y procedimentales; que el 19 de noviembre de 2015, presentó la denuncia ante el Ministerio del Trabajo y que la conciliación se realizó el 25 de enero de 2016, cuya conclusión fue fallida.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 22 de septiembre de 2020, notificado por estado el día 25 del mismo mes y año, se tuvo por no contestada la demanda dado que el escrito de contestación fue allegado extemporáneamente.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante LUCY HELENA ALBARRACÍN BELLO y la EDITORIAL TELEVISA COLOMBIA CULTURAL S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de febrero de 2001 y el 20 de noviembre de 2015 bajo el cargo de Ejecutiva Comercial y teniendo como último salario la suma de \$6.485.233.

SEGUNDO: DECLARAR que el contrato laboral suscrito entre la demandante LUCY HELENA ALBARRACÍN BELLO y la EDITORIAL TELEVISA COLOMBIA CULTURAL S.A. terminó con justa causa imputable al empleador.

TERCERO: CONDENAR a la EDITORIAL TELEVISA COLOMBIA CULTURAL S.A. a pagar a favor de la demandante LUCY HELENA ALBARRACÍN BELLO la suma de \$66.149.376,60 por concepto de indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T.

CUARTO: Las costas correrán a cargo de la demandada EDITORIAL TELEVISA COLOMBIA CULTURAL S.A. Fíjese la suma de dos (2) SMLMV, valor en que se estiman las agencias en derecho.”

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probado que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido dentro del periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2001 y el 20 de noviembre de 2015, así como que el contrato finalizó por causa imputable a la demandada, siendo que los testimonios recepcionados acreditaron los malos tratos desplegados por la

señora Beatriz Pizano hacia la actora y que la demandante tenía un exceso de carga laboral, aspectos que fueron aducidos en la carta de renuncia presentada por la demandante y que además existía un indicio grave en contra ante la falta de contestación de la demanda, conductas que se encuadraban en el numeral 2° del artículo 64 del C.S.T.

De igual forma, precisó que si bien la demandante en el numeral 1° de su carta de renuncia expuso como soporte de esa decisión lo definido en el artículo 2 de la Ley 1010 y esa manifestación estaba armonizada en el debate probatorio, en tanto la parte actora se ocupó de la carga de la prueba correspondiente, allegando inicialmente la queja de acoso laboral que fue tramitada ante el comité de convivencia laboral, el cual celebró una reunión extraordinaria el 20 de noviembre de 2015 (fl. 35) y ante los escasos resultados obtenidos, señaló que la queja fue replicada ante el Ministerio del Trabajo Dirección Territorial Bogotá, el 19 de noviembre de 2015 (fl. 47), con lo que resultaba suficientemente comprobada la razón que conllevó a la demandante a presentar su renuncia por los hechos omisivos de la demandada y si en gracia de discusión se considerara que la renuncia se fundaba en los hechos descritos en la ley 1010 de 2006, resaltó que no era intención de la demandante presentar una queja o denuncia por acoso laboral pues estas actuaciones ya las había surtido previamente sin ningún resultado positivo conforme se desprendía de las documentales aludidas.

Así, señaló que no era procedente el argumento expuesto por el apoderado de la demandada en sus alegatos cuando expresó que el proceso ordinario no era el mecanismo idóneo para ventilar esos asuntos, pues si se acudía a la demanda se evidenciaba que la pretensión principal de la actora era lograr el reconocimiento y pago de la indemnización por despido imputable al empleador, la que no guardaba relación con la indemnización de la ley 1010.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada mencionó que presentaba recurso de apelación sustentando el mismo y señalando en sus demás argumentaciones que con la decisión se producía una violación indirecta de la ley sustancial, teniendo en cuenta que por error de hecho manifiesto se daba una interpretación y contextualización equivocada de la demanda, pues al presente proceso desde un inicio junto con el debate probatorio se le pretendió dar el trámite de un proceso especial por acoso laboral y no el de proceso ordinario laboral que pretendía la actora, reclamando que en el proceso nunca se pretendió probar que la renuncia era imputable al empleador, por la carga laboral, por exceso de trabajo, por los malos tratos, sino por los argumentos que desde el comienzo inclusive desde el escrito de demanda se pretendió que era un acoso laboral y que la terminación se produjo por ese acoso, sin embargo, refirió que la demandante nunca lo probó porque la actora no tramitó el procedimiento para dicha conducta, el que estaba estipulado en la Ley 1010 de 2006, la que de forma

taxativa contemplaba que constituía y que no acoso laboral, las clases, prevención y corrección.

Acto seguido, señaló que el problema jurídico radicaba en que la demandante pretendía una indemnización por una presunta renuncia injustificada imputable a la empresa por unos supuestos hechos de acoso laboral, los que debían ser probados por el proceso de acoso laboral, enfatizando que una indemnización por terminación del contrato por acoso laboral no operaba de pleno derecho pues debía agotar un procedimiento preventivo ante entidades que el legislador estipuló y la demandante nunca agotó el procedimiento que indicaba la norma para poder establecer que el contrato se terminó por hechos de acoso laboral, adicionalmente, señaló que tratándose de la indemnización por despido indirecto, la jurisprudencia establecía que era la parte actora quien tenía la carga probatoria de demostrar que los hechos generadores del finiquito contractual ocurrieron.

Finalmente, aludió que la no contestación de la demanda era un indicio grave en contra, que no podía tenerse como un allanamiento a los cargos y menos como una confesión, concluyendo así que se estaba calificando la demandada como si se tratara de un proceso especial sin tener en cuenta que según las pretensiones se apuntaba era a un proceso ordinario.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable declarar que en este caso el contrato de trabajo terminó por causa imputable al empleador y en consecuencia si era procedente el pago de la indemnización por despido injusto.

Para resolver debe tenerse en cuenta que no existe controversia en que entre la demandante y la empresa Editorial Televisa S.A. en liquidación, existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2001 y el 20 de noviembre de 2015, en virtud del cual se desempeñó como ejecutiva comercial y devengó como último salario la suma de \$6.485.233.

Ahora bien, se advierte que el reparo del recurrente giró en torno a que la parte actora en la demanda aludió a que el contrato terminó fue por acoso laboral, y no por malos tratos o exceso de carga laboral, frente a lo que señala hubo una incorrecta interpretación del a quo al dar un trámite especial cuando se trataba de un trámite ordinario, destacando que además nunca se probó el acoso laboral siendo que no se agotó el proceso previsto en la Ley 1010 de 2006.

Al respecto, debe indicarse que revisado el libelo de demanda, se aprecia que en efecto en el hecho 8 se anunció que el 20 de noviembre de 2015, la demandante radicó su carta de renuncia motivada por justa causa por ser víctima de acoso laboral por parte de la Gerente General, señora Beatriz

Pizano, no obstante no aludió cuales eran las conductas de acoso laboral desplegadas por la referida Gerente.

Sin embargo, se advierte que en la carta de renuncia presentada por la demandante (fl. 36), se hace alusión al artículo 2 de la Ley 1010 de 2006, que contempla la definición de acoso laboral y luego se mencionan las conductas que al parecer consideraba constituían acoso:

Bogotá D.C. noviembre 20 de 2015

Señores
EDITORIAL TELEVISA
Atn.: Sra. Helena Roza
Gerente Comercial
Bogotá



REF. RENUNCIA MOTIVADA POR JUSTA CAUSA.

Apreciados señores:

Mediante el presente escrito, yo LUCY ALBARRACIN BELLO, identificada con Cédula de Ciudadanía número 51.661.492 de Bogotá, con base en el artículo 23 de la constitución política de Colombia, desarrollada dentro de los artículos 5, 32 y subsiguientes de la ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 55 del código sustantivo del trabajo y el numeral 1 del literal B, del artículo 61 del código sustantivo del trabajo, presento mi renuncia motivada e irrevocable de mi puesto de trabajo, con base en los siguientes hechos:

1. La ley 1010 de 2006, en sentido estricto expone lo siguiente: Artículo 2o. DEFINICION Y MODALIDADES DE ACOSO LABORAL,(...) Persecución Laboral: toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de incluir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario de trabajo que puedan producir la desmotivación laboral.
2. La carga excesiva laboral con la asignación del 100% del presupuesto de ventas de un gran número de revistas: Novias y Bodas, Vanidades, Like y 15 títulos de Manualidades. Dicho exceso lo he venido poniendo en consideración a mis anteriores Gerentes, Directoras de grupo y actual Gerente Comercial, sin lograr cambio alguno.
3. El Trato por parte de la señora Beatriz Pizano, ha ocasionado trastornos en mi salud física, baja autoestima y angustia emocional.

En vista de esta situación que he narrado, me veo forzada a presentar mi renuncia Motivada, a partir de la fecha al cargo que he venido desempeñando desde el 1 de febrero de 2001, **no por mi propia voluntad de hacerlo**, pues debo dejar claridad que EDITORIAL TELEVISA ha sido un gran aporte en mi experiencia laboral, a la cual le he dedicado todo mi esfuerzo, mis mejores capacidades profesionales y de servicio, las cuales se veían recompensadas con el paso del tiempo.

Quedo atenta a su respuesta y que se tomen las medidas necesarias para proceder a la liquidación legal que por derecho me corresponde.

Cordialmente,


LUCY ALBARRACIN BELLO
Ejecutiva Comercial
C.C. No. 51.661.492 de Bogotá



cc.: Leonor Sánchez Directora de Talento Humano

Al respecto lo primero que debe señalarse es que como se observa la pretensión principal estaba encaminada a obtener la indemnización por despido injusto por renuncia imputable al empleador y toda vez que la misma estaba fundamentada en acoso laboral, se tiene que el trámite del proceso debió adelantarse bajo el procedimiento especial, regulados por los artículos 10 a 13 del artículo 1010 de 2006, que establecían lo siguiente:

“ARTÍCULO 10. TRATAMIENTO SANCIONATORIO AL ACOSO LABORAL.

El acoso laboral, cuando estuviere debidamente acreditado, se sancionará así:

(...)

2. Como terminación del contrato de trabajo sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. (Subrayas y negrita fuera de texto).

(...)”

ARTÍCULO 12. COMPETENCIA. Corresponde a los jueces de trabajo con jurisdicción en el lugar de los hechos adoptar las medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente Ley, cuando las víctimas del acoso sean trabajadores o empleados particulares. (Subrayas y negrita fuera de texto).

Cuando la víctima del acoso laboral sea un servidor público, la competencia para conocer de la falta disciplinaria corresponde al Ministerio Público o a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conforme a las competencias que señala la ley.

ARTÍCULO 13. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO. *Para la imposición de las sanciones de que trata la presente Ley se seguirá el siguiente procedimiento:*

Cuando la competencia para la sanción correspondiere al Ministerio Público se aplicará el procedimiento previsto en el Código Disciplinario único.

Cuando la sanción fuere de competencia de los Jueces del Trabajo se citará a audiencia, la cual tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la solicitud o queja. De la iniciación del procedimiento se notificará personalmente al acusado de acoso laboral y al empleador que lo haya tolerado, dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la solicitud o queja. Las pruebas se practicarán antes de la audiencia o dentro de ella. La decisión se proferirá al finalizar la audiencia, a la cual sólo podrán asistir las partes y los testigos o peritos. Contra la sentencia que ponga fin a esta actuación procederá el recurso de apelación, que se decidirá en los treinta (30) días siguientes a su interposición. En todo lo no

previsto en este artículo se aplicará el Código Procesal del Trabajo.
(Subrayas y negrita fuera de texto).

Sin embargo, es claro que la interesada, que en este caso era la parte actora, no quiso darle trámite especial pues desde el escrito genitor se solicitó que se diera el trámite de un proceso ordinario y si bien ello fue pretermitido por el juzgado, tal trámite no se encontraría viciado, pues las partes con sus actuaciones convalidaron el mismo, siendo que no anunciaron en ninguna de las etapas procesales inconformidad alguna.

Así, se observa que la inconformidad que ahora aduce el recurrente se causó fue por el hecho de haberse analizado en el proceso si las conductas de acoso laboral se encontraban acreditadas, que es la razón que lo motiva a señalar que no se surtió el proceso contemplado en la Ley 1010 de 2006, debiéndose mencionar que sólo cuando se pretenden medidas preventivas y correctivas de acoso laboral, resulta viable acudir ante los Comités de Convivencia Laboral y/o ante el Ministerio del Trabajo (artículo 9 Ley 1010 de 2006), pues cuando se trata de las sanciones de que trata el artículo 10 de la ley 1010 de 2006 (dentro de las que se encuentra la indemnización aquí reclamada), la competencia corresponde a los jueces de trabajo, situación que indefectiblemente corresponde a una consecuencia de haber encontrada acreditada una conducta de acoso laboral, la que necesariamente también es competencia del Juez del Trabajo.

Bajo las anteriores consideraciones, se tiene que, si resultaba procedente el análisis de las conductas aludidas como constitutivas de acoso laboral, dado que como las

mismas no se encontraron acreditadas ni por el Comité de Convivencia Laboral ni por el Ministerio del Trabajo, resultaba viable efectuar el análisis en el proceso laboral.

Así se tiene que al valorar las conductas aducidas en la carta de renuncia, se advierte que las mismas son generales y abstractas, pues de un lado la conducta narrada en el numeral 2 de la carta aunque establece que a la demandante se le asignó el 100% del presupuesto de ventas de las revistas novias, bodas, vanidades y like, así como 15 títulos de manualidades, se tiene que ni en la carta de renuncia, ni en los hechos se hace alusión al parámetro medio de asignación de labores y/o carga de trabajo y respecto al numeral 3° se observa que se hace alusión a un trato desplegado por la señora Beatriz Pizano que le había ocasionado trastornos en la salud, baja autoestima y angustia emocional, sin embargo, no se indican cuáles fueron los tratos que generaron esas situaciones, debiéndose resaltar que además frente a ninguna de las 2 conductas, se precisaron las circunstancias de tiempo modo y lugar.

Al respecto conviene recordar que el parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (Modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965), aplicable al caso por disposición expresa del artículo 10 de la Ley 1010 de 2006¹, establece: *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no*

¹ “(...) cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo.”

pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”, de manera que se deben precisar las razones concretas por las cuales el trabajador ha tomado la decisión de terminar el contrato imputable al empleador y la causal en la que lo encuadra, lo cual exige el detalle de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que ocurrieron los mismos, para establecer las razones específicas de la terminación del contrato, para que de esta manera con posterioridad no puedan aducirse motivos diferentes.

En ese orden ideas, de entrada quedarían descartadas las conductas relacionadas con los tratos desplegados por la Gerente General de la sociedad demandada, pues se reitera no se indico si siquiera en qué consistieron los mismos, aspectos necesarios para poder entrar a analizar si las conductas de acoso estaban o no acreditadas, debiéndose señalar que en todo caso y si en gracia de discusión pudiera considerarse lo expuesto en las demás documentales allegadas sobre el particular, tales como el acta de reunión del comité de Convivencia Laboral del 20 de noviembre de 2015, y la denuncia presentada ante el Ministerio del Trabajo (con fecha de radicación del 19 de noviembre de 2015), se colegiría que el acoso laboral estaba fundado en lo ocurrido durante una reunión celebrada el 19 de octubre de 2015, en esta última documental se relató lo sucedido de la siguiente manera:

“(…)

Siendo las 2:30 PM en la sala de juntas de Editorial Televisa en una reunión con todo el equipo comercial integrado por 14 personas y convocada por la señora Helena Roza, nueva Gerente Comercial, ya que en un lapso no mayor a 4 meses, las dos Gerentes antecesoras fueron despedidas de su cargo. La señora Beatriz Pizano, Gerente General, inició la reunión con un lenguaje físico desafiante con brazos cruzados y una mirada acusante y directa hacia mí por varios minutos, sin yo tener conocimiento alguno del porqué de su actitud, posteriormente tuvo un lenguaje verbal humillante donde inició su discurso haciéndome un despido público, con estas palabras: "Lucy si no quieres estar en Televisa, te puedes ir"... sorprendida le pregunté por qué me decía esto y enseguida me hizo un reclamo por una conversación de carácter personal y privada que había sostenido yo con la señora Isabel Lorena Felizzola, Ejecutiva Comercial del departamento, referente a un mail que había enviado la señora Vilma Gómez, Exdirectora comercial, quien también fue despedida el viernes 16 de Octubre.

(...)"

Supuesto fáctico sobre el que dio cuenta el testimonio rendido por la señora Alba Lucia Pulido, quien aludió que durante una reunión de comités comerciales con todas las ejecutivas, desde que la gerente llegó miraba a la demandante muy desafiante y esperó que estuvieran todas en la reunión, se paró al frente y le dijo que si estaba aburrida de la empresa que se fuera, sin embargo, tal narración no evidenciaba una conducta reiterativa y tampoco era de tal magnitud o impacto para que con su realización por una sola vez pudiera considerarse como constitutiva de acoso laboral.

En lo relacionado con el exceso de carga de trabajo, debe resaltarse que aunque en los testimonios rendidos por las señoras Luz Vilma Gómez Ortiz y Alba Lucia Pulido, estas dan cuenta que a la demandante tenía una carga bastante alta incluso superior a la de las testigos, de sus declaraciones tampoco es factible establecer siquiera un parámetro medio para la asignación de la carga de trabajo, pues pese a que se menciona que a la actora además de las 3 revistas que tenía asignadas se le entregaron 15 títulos más, no es posible establecer cuántos ejecutivo(a)s comerciales había, cuál era el

nivel de complejidad de las cargas asignadas a cada uno de estos y la cantidad de actividades asignadas, a efectos de poder tener un parámetro objetivo a partir del cual se pudiera entrar a determinar que existía una carga excesiva de trabajo, resultando imposible determinar si tal situación ocurrió o no, debiéndose reiterar que frente a ello, ni siquiera se hizo alusión en los hechos de la demanda.

Considerando lo antes mencionado, resulta oportuno traer a colación lo señalado en el artículo 167 del CGP, esto es, que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, siendo claro que esta carga corría a cuenta de la demandante en la medida en que ésta fue quien sufrió el despliegue de las conductas, siendo importante precisar que no solo correspondía probarlas ya que así se exige de acuerdo con lo señalado en el artículo 10 de la Ley 1010 de 2006, sino también indicar las situaciones concretas en que se materializaba la conducta endilgada pues ello puede derivar en una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de los demandados al permitirse la presentación de hechos nuevos que no fueron expuestos en la oportunidad debida, en ese orden de ideas y bajo las premisas anteriores, se tiene que a juicio de esta sala no era posible declarar que el contrato suscrito entre las partes terminó por justa causa imputable al empleador y por ende tampoco era factible ordenar el reconocimiento de la indemnización por despido injusto.

Sobre lo expuesto vale resaltar lo enunciado por la Sala de casación laboral:

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 42919 del 10 de octubre de 2019 con ponencia del magistrado Gerardo Botero afirmó:

«En cuanto a la indemnización por despido indirecto, debe recordarse que de manera pacífica esta Sala ha sostenido, que cuando es el trabajador quien da por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa imputable al empleador, atribuyéndole el incumplimiento sistemático de sus obligaciones, es la parte actora quien tiene la carga probatoria de demostrar ante el juez del trabajo, que efectivamente los hechos generadores del finiquito contractual ocurrieron.»

La sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 55480 del 11 de diciembre de 2018 con ponencia de la magistrada Dolly Amparo Caguasango dijo al respecto:

«Ahora, frente al incumplimiento sistemático la Corte al referirse a la causal del numeral 10 del literal a) del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que tiene plena aplicación para esta eventualidad en lo que respecta a lo que debe entenderse por el vocablo «sistemático», en sentencia CSJ SL 6 de jun. 1996 rad. 8313, puntualizó:

*[...] Considera la Sala oportuna la ocasión para referir que la causal 10 del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 que faculta al empleador para despedir en forma justa a un trabajador, exige que la inejecución de las obligaciones legales o convencionales **sea sistemática, entendiéndose con ello que deba ser regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que el trabajador ha tomado la conducta o el propósito de incumplir**"-se resalta-*

En ese orden, como lo que se reclama en este asunto es el pago de vacaciones, auxilio de cesantía y sus intereses a la finalización del vínculo, no puede considerarse que hubo

incumplimiento sistemático, pues este no fue «regular, periódico o continuo», máxime si se tiene en cuenta que, como ya se dijo, los actores mencionados recibieron su retribución periódicamente.»

Así las cosas, se procederá a revocar la decisión en lo que respecta a los numerales 2 y 3 de la decisión para en su lugar absolver a la demandada Editorial Televisa Colombia Cultural S.A. En Liquidación, de las pretensiones relacionadas con la renuncia del trabajador imputable al empleador y la indemnización por despido injusto.

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: REVOCAR los numerales 2 y 3 de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de mayo de 2021, para en su lugar absolver a la demandada Editorial Televisa Colombia Cultural S.A. En Liquidación, de las pretensiones relacionadas con la renuncia del trabajador imputable al empleador y la indemnización por despido injusto, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

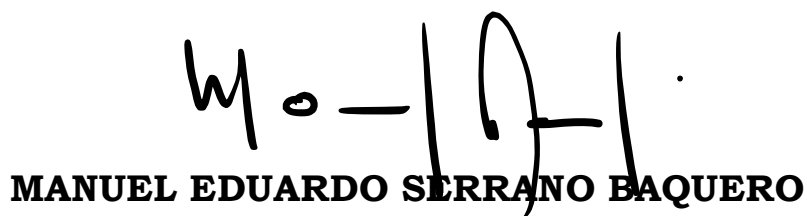
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CESAR
AUGUSTO TORRES DELGADILLO CONTRA EMPRESA DE
ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA EAAB ESP**

RADICADO: 11001 3105 038 2019 00816 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de julio de 2021. La sentencia impugnada absolvió de todas y cada una de las pretensiones formuladas

y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que entre las partes existió un solo vínculo laboral desde el 2 de enero de 2013, que por haber laborado mas de 5 años continuos se causó el derecho al pago del quinquenio extrelegal convencional, que la demandada ha incurrido en retención indebida de salario por haberse sustraído del pago del quinquenio y ha obrado de mala fe, en consecuencia, se pague el valor del quinquenio establecido en su favor debidamente indexado, a los intereses moratorios causados desde la fecha en que este debió ser cancelado y hasta cuando se verificara el pago, al pago de un día de salario por cada día transcurrido desde la fecha en que debió pagarse el quinquenio hasta la fecha en que se efectuara el pago y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que su vinculación se formalizó a traves de un contrato de trabajo a termino fijo de 6 meses n fecha de inicio del 2 de enero de 2013, prorrogándose en 3 ocasiones para formalizarse a termino fijo de un año; que a pesar de las prórrogas y la firma de otros contratos a término fijo la relación laboral ha sido una sola pues nunca había existido solución de continuidad en la misma; que el cargo para el que fue contratado fue el de Tecnólogo operativo nivel 32; que una vez ingresó a la empresa le hicieron descuentos

con destino a la organización sindical Sintraemdes; que en las CCT vigencias 2012 – 2014 y 2015 – 2019, se pactó una prestación en favor de los trabajadores denominada quinquenio, consistente en 3 salario básicos que se causaba una vez se hubiesen laborado 5 años continuos para la entidad y que el 2 de enero de 2018, cumplió los 5 años de servicio para la demandada por lo que se causaba en su favor el pago del quinquenio.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La EAAB ESP, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que el actor no había tenido un solo vínculo con la demandada siendo que el mismo había tenido más de una vinculación con origen, CCT y regímenes diferentes, aclarándose que la primera vinculación acaeció entre el 2 de enero de 2013 y el 30 de noviembre de 2015 y la segunda entre el 2 de diciembre de 2015 y el 30 de junio de 2020, resaltándose que el cargo de tecnólogo operativo para el que fue contratado inicialmente ya no existía en la empresa pues hacía parte de la planta transitoria que terminó el 30 de noviembre de 2015 y que si bien en el segundo contrato el cargo era de tecnólogo operativo este era de la planta de trabajadores definitiva, el cual se firmó para laborar en gerencia corporativa de atención al cliente y luego en virtud del otrosí suscrito el 27 d diciembre de 2016, fue trasladado para desempeñar sus labores en la dirección de apoyo comercial, señalando que hubo solución de continuidad

pues al terminarse la vinculación laboral se canceló la totalidad de la liquidación definitiva.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: buena fe, prescripción, inexistencia del derecho y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de julio de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por el señor CESAR AUGUSTO TORRES DELGADILLO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$250.000, en favor de la demandada.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que atendiendo el acervo probatorio recaudado se concluía que entre las partes existieron dos vinculaciones laborales sometidos a las reglas de los contratos de duración definida con la EAAB ESP, en condición de trabajador oficial, el primero, entre el 2 de enero del 2013 hasta el 30 de noviembre del 2015 y el segundo, entre el 2 de diciembre del 2015 y al menos hasta el 30 de junio del 2020, señalando que no era viable declarar la unidad contractual pese a que solo hubo un día de interrupción entre estos y se desempeñó el mismo cargo

“tecnólogo operativo nivel 32”, ya que la celebración de los contratos tuvo una causa distinta, siendo que respecto del primero, fue para cubrir una vacante en la planta provisional creada en el acuerdo 023 de 2013 (suprimiéndose el cargo el 30 de noviembre de 2015), mientras que en el segundo su contratación se verificó para entrar a integrar uno de los cargos de la planta permanente de la convocada a juicio.

Precisado lo anterior, se entró a analizar lo relacionado con los quinquenios para ello acudió a las previsiones convencionales vigentes para los años 2012 a 2014 (arts. 183, 187 y 188) y 2015 a 2019 (arts. 49, 99, 101), señalando que no existía duda en que el actor era beneficiario de las mismas, y si bien en lo establecido en estas se deducía que sería beneficiario de tales prerrogativas sino se interrumpían los servicios en los tiempos allí determinados y no se hacía alusión a que el periodo debiera ser continuo, no podía perderse de vista que en el artículo 189 de la primera convención, se aludía que se liquidaría proporcionalmente al tiempo de servicio después de cuatro años de trabajo dentro de cada quinquenio y además se establecieron unas nuevas condiciones para quienes ingresaran con posterioridad al 3 de agosto de 2004, de lo que concluyó que si mediaba la terminación de un vínculo pues procedería el pago proporcional, lo que implicaría que al existir pluralidad de contratos en cada uno de ellos empezaría a correr el término de manera individual y autónoma, por lo tanto y como no había lugar a acumular los tiempos causados para generar un quinquenio, en el marco de la segunda vinculación cuando se

cumplieran los 5 años convencionalmente establecidos se debería proceder con su pago.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del actor interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que el juez al hacer el análisis de la vinculación del trabajador y los diferentes contratos de trabajo en algún momento dejó sentado que durante el tiempo en que el señor estuvo vinculado con la demandada hubo solamente una interrupción de un día y que se mantenían las condiciones de trabajo, siendo que desplegó el mismo cargo, el cual aun en la actualidad existía y se estaba ocupando por una persona que ganó el concurso, igualmente, señaló frente a los contratos y sus diferentes prorrogas que estos se volvieron formalismos no obstante la prestación del servicio solo fue una, resaltando que la C.S.J. al analizar el contrato realidad había señalado que en estos casos no se trataba de una terminación. También aludió que la misma CCT establecía que se tenía derecho el quinquenio aún si se había interrumpido el servicio por 60 días por otras circunstancias, siendo que en este caso era la EAAB EPS, la que generaba la interrupción al terminar el contrato de trabajo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba procedente establecer que entre las partes existió una única relación laboral en forma continuada e ininterrumpida desde el 2 de enero de 2013, así como, si resulta viable el pago del beneficio convencional reclamado “quinquenio” y a las demás pretensiones solicitadas derivadas de ello.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el demandante tenía la condición de trabajador oficial en la demandada; ii) que el actor presentó la reclamación administrativa correspondiente; iii) que suscribió dos contratos de trabajo a término fijo con la EAAB E.S.P., el primero comprendido entre el 2 de enero de 2013 y hasta el 30 de noviembre de 2015 y el segundo desde el 2 de diciembre de 2015 hasta por lo menos el 30 junio de 2020 y iv) que el demandante se encontraba afiliado al sindicato SINTRAEMDES Subdirectiva Bogotá.

Precisado lo anterior y toda vez que el principal reparos gira en torno a señalar que este asunto si se daba la unidad contractual, siendo que solo existió un día de interrupción entre uno y otro contrato y se mantenían las condiciones de trabajo, conviene recordar lo expuesto por la C.S.J, S.C.L en sentencia SL981-2019, en la que frente al tema se señaló:

Así las cosas y de conformidad con la sentencia citada, se tiene que cuando entre la celebración de contratos de trabajo, median interrupciones breves, estas deben ser consideradas como aparentes, máxime si advierte con las pruebas allegadas que la intención era dar continuidad al vínculo laboral.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que la misma Corporación ha advertido en diversos pronunciamientos que ante la suscripción de diversos contratos, los jueces deben ser muy cautelosos en el análisis de las pruebas y esforzarse a la hora de verificar una unidad contractual, real y material, pues era conocido que algunos empleadores habían adoptado dichas prácticas con el ánimo de restar antigüedad en el servicio para favorecerse por ejemplo en la liquidación de cesantía o en la potestad de dar terminado el contrato, tal y como se señaló entre otras en la sentencia SL-814-2018 radicación No. 30846 del 21 de marzo de 2018.

Descendiendo en el análisis y al verificar las documentales allegadas se colige que entre la terminación del primer contrato y la suscripción del segundo contrato solo transcurrió 1 día de diferencia, advirtiéndose que en ambos contratos el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de tecnólogo operativo nivel 32 y en las dependencias de servicio al cliente, pues aunque el contrato suscrito el 2 de enero de 2013 (fl. 14 -16 expediente digital), se indicó que la dependencia en la que se desempeñaría la trabajadora sería “División Servicio Acueducto Zona 3” y en el contrato suscrito el 2 de diciembre de 2015 (fl. 21 – 23 del expediente digital),

se señaló que la dependencia sería “Gerencia Corporativa Servicio al Cliente” en ambos contratos se estableció que las funciones propias del cargo que se contrataban correspondían a las previstas por la Gerencia General y la Gerencia Corporativa de Servicio al Cliente, de lo que se concluye que se trataba del mismo cargo, funciones e incluso dependencias “servicio al cliente”, sin que se advierta alguna justificación para considerar la terminación del primer contrato e iniciar una segunda vinculación diferente a la de restar antigüedad en el servicio.

En este punto, debe indicarse que si bien el a quo señaló que las contrataciones del actor tuvieron una causa distinta, siendo que respecto del primer contrato se dio para una planta de personal transitoria y para el segundo contrato se trató de una planta permanente, tales determinaciones contrario a lo sostenido por el a quo demuestran la necesidad que tenía la empresa respecto del servicio contratado, especialmente considerando su razón social.

Por lo anterior, se modificará el fallo de primera instancia para declarar que entre las partes existió un solo contrato de trabajo desde el 2 de enero de 2013 y hasta junio de 2020.

En lo que respecta al derecho al pago al quinquenio, resulta pertinente acudir a las normas convencionales y para ello, lo primero que debe señalarse es que reposan en el expediente las mismas con la solemnidad requerida (texto autentico y deposito ante autoridad pertinente), advirtiéndose que en la Convención Colectiva de Trabajo

suscrita entre la EAAB E.S.P. y SINTRAEMDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ, para la vigencia 2012-2014, el artículo 189 estableció lo siguiente:

“ARTÍCULO 189. LIQUIDACIÓN PROPORCIONAL DEL QUINQUENIO. *Está prestación se liquidará proporcionalmente al tiempo de servicio después de cuatro (4) años de trabajo dentro de cada quinquenio. Exceptuándose de lo anterior aquellos trabajadores cuya vinculación a la empresa terminé por causas diferentes a la muerte, declaratoria de la insubsistencia retiro voluntario o eventos pensionales.*

Para los nuevos trabajadores que ingresen a la empresa a partir del 3 de agosto de 2004 con contrato de trabajo el quinquenio tendrá las siguientes condiciones:

Quinquenios: *Tendrán derecho a quinquenios sin incidencia salarial pagaderos de la siguiente forma a los 5 años de servicio tres (3) salarios básicos, a los 10 años de servicio cuatro (4) salarios básicos, a los 15 años de servicio cuatro (4) salarios básicos, a los 20 años de servicio cuatro (4) salarios básicos y de los 25 años de servicio en adelante cuatro (4) salarios básicos.*

PARÁGRAFO: *El pago del segundo quinquenio se destinará en su totalidad a amortizar el préstamo de vivienda como abono extraordinario capital de los trabajadores que se hayan beneficiado del mismo, y en caso de no tener préstamo de vivienda, este será la libre disposición del trabajador.”*

Por su parte la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la EAAB E.S.P. y SINTRAEMDES SUBDIRECTIVA BOGOTÁ, para la vigencia 2015-2019, consagró en los artículos 49, 50 y 102 lo siguiente:

“ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. *La empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMDES subdirectiva Bogotá, acuerdan crear un régimen de transición para la vinculación de personal por un período de cinco (5) años. el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAAB-ESP. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos con respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos convencionales que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.*

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego del cual seguirá vinculado con las condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente. (Acta de acuerdo No. 7 de 2015).

ARTICULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA. *La EAAB-ESP y SINTRAEMDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el período de transición.*

PARÁGRAFO: *Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la convención colectiva de trabajo en los términos anteriores que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda becas de Educación formal y quinquenio.*

(...)

“ARTÍCULO 102. LIQUIDACIÓN PROPORCIONAL DEL QUINQUENIO. *Está prestación se liquidará proporcionalmente al tiempo de servicio después de cuatro (4) años de trabajo dentro de cada quinquenio. Exceptuándose de lo anterior aquellos trabajadores cuya vinculación a la empresa terminé por causas diferentes a la muerte, declaratoria de la insubsistencia retiro voluntario o eventos pensionales.*

Para los nuevos trabajadores que ingresen a la empresa a partir del 3 de agosto de 2004 con contrato de trabajo el quinquenio tendrá las siguientes condiciones:

Quinquenios: *Tendrán derecho a quinquenios sin incidencia salarial pagaderos de la siguiente forma a los 5 años de servicio tres (3) salarios básicos, a los 10 años de servicio cuatro (4) salarios básicos, a los 15 años de servicio cuatro (4) salarios básicos, a los 20 años de servicio cuatro (4) salarios básicos y de los 25 años de servicio en adelante cuatro (4) salarios básicos.*

PARÁGRAFO: *El pago del segundo quinquenio se destinará en su totalidad a amortizar el préstamo de vivienda como abono extraordinario capital de los trabajadores que se hayan beneficiado del mismo, y en caso de no tener préstamo de vivienda, este será la libre disposición del trabajador. (Artículo 189 – Convención 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 105 y CCT 2008-2011 art. 167)”*

De las normas antes transcritas se desprende que el régimen de transición establecido es para la vinculación de nuevo personal, bien sea mediante contrato a término indefinido o para personal que fuera vinculado mediante contrato a término fijo y labor contratada, pues si bien respecto a los contratos a término fijo se hace alusión a trabajadores vinculados y no específicamente respecto de nuevo personal, no puede pasarse por alto que en el artículo

1 de la convención colectiva analizada se indicó *“las partes acuerdan que en relación con las Convenciones Colectivas de Trabajo cualquier interpretación que directa o indirectamente desmejore los derechos adquiridos de los trabajadores de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. en Convenciones Colectivas anteriores, será ineficaz y no surtirá ningún efecto frente a los beneficiarios. En consecuencia, quedaran vigentes las cláusulas convencionales más favorables para los trabajadores y la empresa se compromete a dar cumplimiento al principio de favorabilidad”*, por lo que como la vinculación laboral del señor Torres Delgadillo con la demandada sucedió con anterioridad a la suscripción de la convención colectiva para la vigencia 2015-2019, es decir, que se encontraba vigente la CCT 2012-2014, resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 189 de la misma, el cual se reprodujo en el artículo 102 de la Convención Colectiva vigente para el 2015-2019 (pero sin la aplicación del régimen de transición).

Así las cosas y toda vez que el actor devengaba para el año 2018 (año en que se cumplía el primer quinquenio) un salario básico ascendente a \$2.826.240 conforme se desprende de los comprobantes de nómina visibles a folios 111 a 123 del expediente, y toda vez que el mencionado beneficio convencional se concretaba en el pago de 3 salarios básicos, efectuadas las operaciones aritméticas se tiene que el demandante tiene derecho que se le reconozca la suma de \$8.478.720, debidamente indexada.

Frente al pago de intereses moratorios reclamados, debe tenerse en cuenta que en los únicos casos en que la ley laboral considera el pago de intereses moratorios, es por el no pago de salarios y prestaciones sociales por parte del empleador al trabajador a la terminación del contrato (artículo 65 del C.S.T.) o cuando no se pagan oportunamente las mesadas pensionales y el obligado es el fondo de pensiones (artículo 141 de la Ley 100 de 1993), por lo que al no encontrarnos bajo estos escenarios los mismos no resultan procedentes.

Asimismo, respecto al pago de la indemnización moratoria que se reclama a título de un día de salario por cada día de retardo trascurrido desde la fecha en que se debió pagar el valor del quinquenio y hasta cuando se pagara el mismo, debe advertirse que las indemnizaciones moratorias que contempla la normativa laboral, se contraen a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que se advierta que la indemnización reclamada se trate de alguna de estas, debiéndose señalar que en todo caso y en gracia de discusión si lo que se solicitare fuera la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., debe tenerse en cuenta que la misma procede cuando a la terminación del contrato se adeuda el pago de salarios o prestaciones, no obstante, en ese asunto se desconoce cuando terminó la relación laboral, en la medida en que para la fecha de la contestación de la

I

demanda el demandante aún se encontraba vinculado laboralmente con la demandada y con una prórroga vigente hasta el 30 de junio de 2020, razón por la cual tampoco resultaría procedente su pago.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada; las de primera instancia se revocan y se imponen en favor del demandante y 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 la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de septiembre de 2021, y en su lugar declarar que entre las partes, esto es, entre el demandante señor CESAR AUGUSTO TORRES DELGADILLO y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA EAAB E.S.P. existió un contrato de trabajo desde el 2 de enero de 2013 que se encontró vigente hasta el mes de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante señor CESAR AUGUSTO TORRES DELGADILLO, tiene derecho al pago del quinquenio causado en el año 2018, conforme las razones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB – ESP a pagar a favor del demandante señor CESAR AUGUSTO TORRES DELGADILLO, el quinquenio causado en el año 2018, por valor de \$8.478.720, suma que se ordena pagar debidamente indexada.

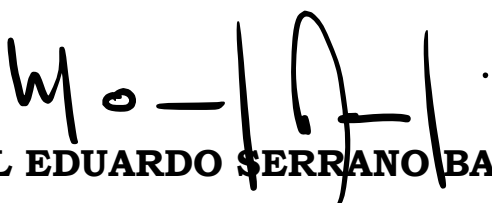
CUARTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Las de primera instancia se revocan y se imponen a la demandada en favor del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES ROSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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

I

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


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS
ALFONSO GUTIERREZ CAMPOS CONTRA BANCO
CORPBANCA COLOMBIA S.A.**

RADICADO: 11001 3105 029 2016 00566 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar el grado jurisdiccional de consulta concedido contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de julio de 2021. En la decisión de primera instancia se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas.

I

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado del demandado en los que solicitó confirmar la decisión atendiendo que su representada actuó ciñéndose a las disposiciones establecidas en el acuerdo colectivo, puntualmente a aquellas señaladas en el artículo 54, liquidando la pensión del actor en debida forma, incluso teniendo en cuenta conceptos adicionales al salario básico e incluso la mesada pensional fue incrementada en virtud del acta de conciliación celebrada entre las partes en el año 1997.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarará que al momento de liquidar la pensión de jubilación el demandado no tuvo en cuenta la totalidad de los sueldos devengados en el último año de servicios, ni de los factores salariales para la liquidación de la prestación, en consecuencia, se ordenará la reliquidación de la mesada pensional, el reconocimiento y pago del retroactivo indexado con la inclusión de la totalidad de los factores salariales del último año de servicios, a los incrementos en la prestación económica por concepto de los aportes en salud consagrados en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 y su retroactivo, a la mesada adicional del mes de junio, a la indexación de las sumas, al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resultara probado ultra y extra petita

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que trabajó por más de 20 años al

servicio del demandado, entre el 1° de diciembre de 1959 hasta el 25 de diciembre de 1990; que al momento de su renuncia devengaba un sueldo básico de \$117.760; que entre los valores devengados que debía tener en cuenta el Banco para liquidar las pensiones de jubilación se encontraba el auxilio de transporte convencional, las bonificaciones extralegales, los viáticos constitutivos de salarios, los ajustes por bonificaciones de retiro, entre otros; que en su último año de servicios devengo bonificación extra legal, bonificación extra legal - prima de vacaciones, bonificación extra legal - prima de antigüedad y bonificación extra legal por adquirir pensión, recibiendo un total por concepto de bonificaciones extralegales en su último año de servicios de \$1.246.995; que el sueldo básico y la bonificación extralegal del último año de servicios correspondía a un total de \$2.439.090 para un promedio mensual de \$203.257 sin embargo la demandada solo tuvo en cuenta por concepto de salarios y bonificaciones del último año de servicios la suma de \$1.504.128, 70.

Igualmente, resaltó que el promedio del salario del último año de servicios correspondía a 3,71 SMMLV del año 1990, sin embargo, la pensión de jubilación le fue reconocida el 20 de diciembre de 1990, por un monto equivalente a 2.3 SMMLV; que en acta de audiencia pública especial de conciliación del 16 de enero de 1997, se acordó que el demandado le reajustaría la pensión en la suma de \$91.736 y que el demandado hizo caso omiso a lo establecido en el artículo 143 de la ley 100 de 1993, ya que pasó de cotizar el 4% por concepto de salud al 12% siendo obligación de la demandada ajustar la mesada en el 8% adicional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Banco Corpbanca Colombia S.A., contestó la demanda y su reforma oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que al momento de liquidar la pensión de jubilación del actor se tuvieron en cuenta todos los factores salariales pagados durante el último año de prestación del servicio, habiéndose incluso celebrado entre las partes una conciliación en el mes de enero de 1997, la que trajo como resultado el ajuste de la mesada pensional, aludiendo así que no solo porque los factores salariales que devengó el actor en el último año de prestación de servicios fueron considerados para el reconocimiento de su pensión sino porque en este punto había operado el fenómeno de la cosa juzgada resultaban improcedentes las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de julio de 2021, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada BANCO CORPBANCA COLOMBIA SA de todas y cada una de las pretensiones de la demanda impetrada para el señor CARLOS ALFONSO GUTIÉRREZ CAMPOS, de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de mérito denominada cosa juzgada y probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la parte demandada y relevarse del estudio de las demás excepciones.

TERCERO: *CONDENAR en costas de la instancia como se estableció en la parte motiva de la sentencia.*

CUARTO: *CONCEDER el grado de jurisdiccional de consulta a favor del demandante de conformidad con el inciso tercero artículo 69, en caso de no ser apelada ello por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a sus intereses.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que la mesada pensional convencional le fue reconocida al actor con fundamento en el artículo 54 de la CCT 1989 - 1991 que era la vigente al momento del retiro del mismo, norma que establecía que para tal prestación se computaría el promedio del sueldo básico devengado sin tener en cuenta bonificaciones, por lo que la demandada no tenía obligación de liquidar la pensión convencional concedida con las bonificaciones reclamadas y dado que el actor aceptó en el hecho 23 el valor del último salario devengado que fue sobre el que se liquidó la prestación, no le asistía razón a la parte actora para solicitar la reliquidación y que como al día siguiente de la finalización del contrato de trabajo se reconoció la pensión convencional de jubilación dentro de la misma anualidad resultaba improcedente indexar la primera mesada al no existir ninguna devaluación del poder adquisitivo

Igualmente, señaló que aunque a través de una conciliación se reajustó la pensión incluyendo la prima de vacaciones ello no tiene mayor relevancia dentro del asunto pues obedecía a una diferencia que decidieron solucionar las partes y no implicaba que todos los factores convencionales tuvieran que tenerse en cuenta para liquidar la pensión pues la CCT era la fuente del derecho.

I

Finalmente, sobre la procedencia o no de acceder al incremento del artículo 143 de la ley 100 de 1993, manifestó que de los desprendibles de pago allegados si bien se colegía que en el año 1994 el porcentaje del aporte de salud a cargo del actor era del 8% y a partir de febrero de 1995 aumentó en un 12% incrementándose en un 4%, se advertía que el Banco le venia pagando una mesada superior a la que le correspondía lo que demostraría que en la conciliación adelantada en 1997 se efectuaron los ajustes de la normativa reclamada.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba procedente reliquidar la mesada pensional reconocida al actor atendiendo todos los factores salariales devengados en el ultimo año de servicio y efectuar el reajuste de la misma atendiendo lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el actor laboró para la demandada desde el 1° de diciembre de 1959 hasta el 25 de diciembre de 1990; ii) que la demanda lo pensionó por jubilación a partir del 25 de diciembre de 1990, en cuantía inicial de \$94.008,50, teniendo en cuenta un tiempo de servicios de 31 años y 25 días, 50 años de edad y un total devengado en el ultimo año de servicios de \$1.504.128,70

I

generando un sueldo promedio de \$125.344,06 al que se le aplicó el 75% y iii) que mediante acta de conciliación celebrada el 16 de enero de 1997, ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Medellín, entre las partes, se acordó que el Banco reconocería el 80% del valor del reajuste de la pensión y mesadas adicionales que se generaría al incluir en la liquidación de la pensión de jubilación la prima de vacaciones que devengó el actor durante el último año de servicios la cual ascendía a \$2.198.765 y que la pensión se incrementaría a partir de la mesada de febrero de 1997 en \$91.736 mensuales sin perjuicios de los incrementos de ley.

Teniendo en cuenta que lo reclamado en este asunto principalmente correspondía a la reliquidación de la pensión de jubilación considerando los factores salariales devengados en el último año de servicios tales como bonificación extra legal, bonificación extra legal - prima de vacaciones, bonificación extra legal - prima de antigüedad y bonificación extra legal por adquirir pensión, previo a analizar si tales devengos fueron o no acreditados debe acudirse a la norma que regula el reconocimiento pensional, siendo esta la CCT para la vigencia 1989 – 1991, a efectos de establecer los parámetros a tener en cuenta para el reconocimiento pensional.

Así tenemos que los artículos 54, 55 y 56 de la referida CCT, contemplan lo siguiente:

CAPITULO DECIMO

PENSIONES

ARTICULO 54o. Todo empleado del Banco que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de 20 años de servicio continuos o discontinuos a la Institución, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco, sin tener en cuenta bonificaciones, así: sobre los primeros seiscientos pesos (\$600) del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, el 80% de dicho sueldo; por los excedentes de seiscientos pesos (\$600) hasta mil pesos (\$1.000) el 60%; por los excedentes de mil pesos (\$1.000) hasta tres mil pesos (\$3.000) el 40% y por excedentes de tres mil pesos (\$3.000) el 30%. De manera que el cómputo de la pensión será la suma de los diferentes porcentajes, en acuerdo con el promedio del sueldo básico devengado por el empleado en el año anterior a su retiro de la Institución.

Si al hacer la liquidación de acuerdo con la presente reglamentación, la pensión de jubilación resultare inferior a la que le correspondería al empleado de acuerdo con la ley vigente, el trabajador quedará jubilado con lo que le corresponde legalmente.

ARTICULO 55o. Después de 20 años de servicio, la proporción de jubilación se aumentará en un 2% en cada una de las escalas establecidas en el artículo anterior, por cada año de servicio en exceso de los primeros veinte (20) años. En ningún caso la pensión de jubilación excederá del valor del sueldo mensual.

ARTICULO 56o. El empleado que cumpla treinta (30) años de servicio continuos o discontinuos, cualquiera que sea su edad, tendrá derecho a una pensión de jubilación en la forma que se establece en los dos artículos precedentes, siempre y cuando su retiro no obedezca a mala conducta calificada libremente por la Junta Directiva del Banco.

De las normas convencionales antes citadas, se extracta que cuando el trabajador tuviera 30 años de servicios, sin importar la edad (que fue la situación del demandante), se reconocería la pensión mensual vitalicia de jubilación sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del trabajador sin tener en cuenta bonificaciones, es decir, que la misma norma excluyó tal posibilidad y dado que los factores que el actor pretendía que se tuvieran en cuenta para la reliquidación eran de este tipo y en todo caso distintos al sueldo básico, resulta evidente que tal petición resulta improcedente a luz de lo señalado en el acuerdo convencional, debiéndose resaltar que tal y como se señaló por la juzgadora de primera instancia, las determinaciones que a motu proprio se efectuarán por el empleador (al liquidar la pensión) o por

I

acuerdo entre las partes (como en el caso de la conciliación) obedecen a decisiones voluntarias que no interfieren respecto a los parámetros establecidos en la CCT que para este caso era la fuente del derecho.

En lo relativo a la indexación de la primera mesada pensional, debe recordarse que la misma es viable cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder a la prestación cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que, con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento pues habría perdido poder adquisitivo, aspecto que no ocurre en este asunto pues al día siguiente de la desvinculación del actor se efectuó el reconocimiento pensional.

Tratándose del reajuste pensional por incremento de aportes a salud previsto en los artículos 143 de la ley 100 y 42 del decreto 692 de 1994, debe indicarse que conforme a dicha normativa se tiene que a las personas que con anterioridad al 1° de abril de 1994, se les hubiese reconocido pensión de vejez, jubilación, invalidez, o sobrevivientes, tendrían derecho a partir de esa fecha a que con la mesada mensual se incluyera un reajuste equivalente a la elevación en la cotización para salud prevista en la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL3431-2020, se pronunció frente al tema e indicó *“A la luz de las reglas transcritas, así como del criterio establecido por esta Sala, son beneficiarios del derecho*

I

consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 aquellas personas a quienes se les hubiere reconocido la pensión de jubilación, de vejez o de muerte, con anterioridad al 1.º de enero de 1994; el mismo se traduce en un reajuste de la prestación, equivalente al incremento de la cotización para salud, como lo dice textualmente la primera de las normas antes señaladas; el responsable de su reconocimiento es la entidad obligada a pagar la pensión, que haya sido reconocida antes de la referida data; y su naturaleza es compensatoria, en la medida en que tiene por objeto mantener el poder adquisitivo de las pensiones que, como consecuencia del incremento del porcentaje de los aportes por salud, se vieron afectadas y, en ese sentido, se ha indicado igualmente que la obligación de reajustar opera por una sola vez.”

Considerando el lineamiento antes mencionado, se procedieron a analizar los documentos obrantes en el expediente denominados “acumulados de empleado” en los que se registran los pagos realizados por concepto de jubilación al actor, de los que se colige que al demandante durante el año 1994, se le venía efectuado un descuento por salud del 8%, lo que acarrea considerar que el 4% restante, se asumió directamente por la demandada y estaba pendiente de reajustarse en la pensión, posteriormente para el año 1995, se aprecia que se efectuó el incremento legal para la prestación así como se efectuó el reajuste equivalente al incremento de la cotización para salud en un 4% y finalmente para el año 1997, se observa que la pensión ya viene con el reajuste de salud, que como se expuso por la Corte opera por una sola vez, se le hace el incremento legal pertinente y a

partir del mes de febrero se aplica el incremento pactado en el acta de conciliación, como puede evidenciarse a continuación:

AÑO	VALOR MESADA	DESCUENTO PRACTICADO EN SALUD	INCREMENTO LEGAL - IPC DANE	REAJUSTE POR INCREMENTO EN APORTES A SALUD 4%	REAJUSTE CONCILIACIÓN A PARTIR 1/02/1997	TOTAL
1994	\$ 239.018,37	8%	-	N/A	N/A	\$ 239.018,37
1995	\$ 293.012,62	12%	22,59%	\$ 11.720,50	N/A	\$ 304.733,12
1996	\$ 364.034,19	12%	19,46%	N/A	N/A	\$ 364.034,19
1997	\$ 442.774,79	12%	21,63%	N/A	\$ 91.736,00	\$ 534.510,79
1998	\$ 629.012,29	12%	17,68%	N/A	N/A	\$ 629.012,29

Así, comparada la liquidación efectuada por el despacho con las mesadas pensionales canceladas al actor, se concluye ineludiblemente que la mesada pensional cancelada si incluía el reajuste ordenado en los articulos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del decreto 692 de 1994.

Bajo las anteriores premisas 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 proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva.

I

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

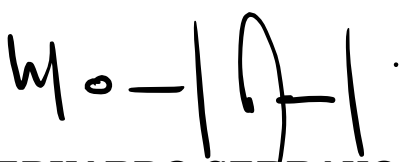
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JACOB CARVAJAL ESTUPIÑAN, CELSO CRUZ NAYZIR, LUIS ANTONIO DIAZ DAZA, EDISON GALLEGUO LAMBRANO, EDISON MARTINEZ SALCEDO, AIZAR MEDINA SANCHEZ, JORGE ENRIQUE OSPINO MARMOL, DIOFANNY MARIA OSORIO CONEJO, JAIRO ARTURO RAMIREZ SUAREZ, ROSALBA RICO SANABRIA, JOSE DAVID SANTANDER DUEÑAS y HECTOR URIBE VALBUENA CONTRA ECOPETROL, CONSORCIO ABB – KLEIN integrado por ABB INC SUCURSAL COLOMBIA, TALLERES DE MECANICA I: KLEIN Y CIA LTDA y ASEA BROWN BOVERI LTDA Y CONTRA SERVICIOS TECNICOS PROFESIONALES STP LTDA

RADICADO: 11001 3105 001 2005 00284 01

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

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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de noviembre de 2020. La sentencia de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora.

En esta instancia se allegaron alegatos por la parte actora señalando que en el caso objeto de estudio se debía considerar la obligatoriedad de los derechos laborales en el orden interno, el derecho al trabajo como valor fundamental, la integración del litisconsorcio facultativo por pasiva y la solidaridad patronal del beneficiario de la obra, que talleres de mecánica Klein y Cia Ltda fue liquidada definitivamente como sociedad y como persona jurídica por lo que no era dable su emplazamiento y en su lugar se debió citar a su liquidador.

Así mismo, mencionó que quedó demostrado que respecto del contrato VRM-026-97 suscrito entre Ecopetrol y el Consorcio Abb Klein, llegado el plazo del 7 de abril del año 2000, este se venció alcanzando solo un 52% de ejecución frente al 100% previsto, aspecto que no se tuvo en cuenta así como tampoco que ante los incumplimientos del consorcio se declaró la caducidad del contrato principal de obra y sus adicionales, que todos los demandantes superaron los periodos de prueba, que en los meses de enero y abril de 2000 en forma coetánea con la suscripción de las actas de prorroga y de suspensión y atrasos se dieron por terminados los contratos unilateralmente por el consorcio, sin previo permiso del Ministerio del Trabajo siendo que en resoluciones 052 y 016 se determinó el despido colectivo, concluyendo que los

contratos fueron terminados sin haber terminado la obra o la fase pareo la cual fueron contratados constituyendo una violación al artículo 45 del C.S.T.

Por su parte, el apoderado de Ecopetrol S.A. solicitó confirmar la decisión en todas sus partes en la medida en que el a quo se valió de un caso semejante para su decisión, que obedeció a la misma contratación entre Ecopetrol S.A. y las demás demandadas en donde la alta corporación refirió que el tribunal no se había equivocado en el análisis porque los contratos de trabajo terminaron por la ejecución de la obra o labor contratada en razón a que el empleador no pudo continuar con el mismo por la caducidad, también mencionó que no existió un despido colectivo siendo que se trató de un modo legal de terminación del contrato no podía calificarse como un despido injusto y que era claro que si no se aportó la CCT no se podía comparar si se tenía derecho o no a las prestaciones reclamadas en la demanda y por ello era que el juez no podía entrar al estudio de las pretensiones ya que mantenían su punto de referencia sobre esta.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes formularon demanda con el objeto que se declarara que el Consorcio Abb Klein y su simple intermediaria Servicios Técnicos y Profesionales STP, incurrieron en despido colectivo ilegal por lo que las terminaciones de los contratos carecían de eficacia, en consecuencia, se condenara a los demandados solidariamente a pagarles los salarios convencionales pactados en cada caso

desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de terminación real, efectiva y total del 100% de la labor contratada en cada uno de los contratos de trabajo suscritos, al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones convencionales que otorga la CCT suscrita entre Ecopetrol – USO vigencia 1999 – 2001,

Así mismo, solicitó el reajuste salarial convencional, pago de prima de servicios convencional, subsidio de habitación convencional, subsidio de alimentación convencional, a la indexación de las sumas, al reconocimiento del tiempo de duración de la suspensión del servicio por culpa del empleador art. 140 C.S.T., a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., a lo que resulte 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 entre Ecopetrol y el consorcio Abb Klein, se suscribió el contrato No. VRM-026 cuyo plazo se había determinado para el 2 marzo de 2000, no obstante, el mismo se extendió hasta el 7 de abril de 2000, de acuerdo con los contratos adicionales VRM-035-98, VRM-028 y VRM-029; y que ante los incumplimientos del consorcio se efectuó imposición de sucesivas multas, la realización del riesgo amparado de la garantía única de cumplimiento expedida por la aseguradora Chubb de Colombia Compañía de Seguros, mediante Resolución No. 004 del 11 de julio de 2000 y se declaró la caducidad del contrato; que entre los meses de diciembre de 1999 y marzo y abril de 2000, la empleadora

Talleres de Mecánica I Klein & Cia Ltda terminó los contratos de trabajo de trabajo de los demandantes unilateralmente.

Igualmente, destacó que el Ministerio de la Protección Social por intermedio de la Dirección Territorial Especial de Barrancabermeja mediante Resolución No. 00052 del 2 de diciembre de 2002, determinó que la empleadora consorciada Talleres de Mecánica I Klein & Cia, su intermediaria Servicios Técnicos Profesionales S.T.P. y la subcontratista Montajes Morelco Ltda incurrieron en despido colectivo, decisión que fue recurrida en reposición y apelación en la que se controvertía la competencia para calificar el despido colectivo y cursando proceso contencioso administrativo de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, finalmente aludió que por Ministerio de la ley, los trabajadores de empresas contratistas en actividades propias y esenciales de la industria del petróleo gozarían de los mismos salarios y prestaciones a que tenían derecho los trabajadores de Ecopetrol en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas de trabajo y fallos arbitrales.

Como fundamento normativo cito el Decreto 0284 de 1957, el Decreto Reglamentario 2719 de 1993 y la CCT suscrita entre Ecopetrol S.A. – USO vigencia 1999 – 2001.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Ecopetrol S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros (fl. 515 y ss.

cuaderno 2). El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no tuvo vinculo laboral alguno y en consecuencia no incurrió en ningún despido colectivo ilegal, ni despidió sin justa causa y sin autorización del Ministerio de la Protección Social de los contratos de los demandantes, porque no fueron trabajadores de Ecopetrol y porque las presuntas violaciones a la ley no se dieron ya que conforme a las pruebas aportadas los contratos terminaron por la terminación de la obra o labor contratada y para ello no se requiere permiso y que para que pudiera prosperar las condenas solidarias se debían probar los supuestos de la CCT, que la misma se hacía extensiva por la ley o por convenio alguno siendo que los demandantes no fueron sus trabajadores ni hubo solidaridad. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad y transacción.

Mediante Auto del 16 de agosto de 2017, notificado por estado el día 17 del mismo mes y año (fl. 713 cuaderno No. 2), tuvo por no contestada la demanda presentada por el Curador ad litem de Talleres de Mecánica I Klein & Cia Ltda.

Asea Brown Boveri Limitada, contestó oponiéndose a las pretensiones, señalando que no se admitían algunos hechos y que no le constaban otros (fl. 734 y ss. cuaderno 2). El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que las pretensiones no se dirigían contra Asea Brown y que en ningún momento contrató a los demandantes, resaltó que estos fueron contratados por las firmas Talleres I Klein & Cia Ltda, Montajes Morelco Limitada y Servicios Técnicos

Profesionales Ltda, producto de las relaciones que existieron entre Ecopetrol S.A. y el Consorcio Abb – Klein. Igualmente aludió que si bien era cierto que el Ministerio de la Protección Social mediante Resolución No. 000052 de 2002 declaró el despido colectivo, mediante Resolución No. A – 0154, determinó que no le era dable al Ministerio declarar el despido colectivo y en consecuencia la correspondía a los interesados acudir a la jurisdicción ordinaria. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de derechos por parte de los demandantes, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, cosa juzgada y transacción.

Abb Inc. Sucursal Colombia, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros (fl. 980 y ss. cuaderno 2). El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que nunca tuvieron ninguna clase de vínculo laboral con los demandantes, aclarado que Montajes Morelco Ltda en asocio con Talleres de Mecánica I Klein suscribieron un acuerdo para suministro de personal por intermedio de Servicios Técnicos Profesionales Ltda en la que no tuvo intervención, también mencionó que el Ministerio de Trabajo de la época se abstuvo de alguna medida relacionada con la petición de despido colectivo, pues mediante resolución No. 016 de 2003, se revocó la resolución No. 52. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe y cobro de lo no debido. Formuló llamamiento en garantía a Chubb de Colombia Compañía de Seguros.

Mediante auto del 3 de agosto de 2009, notificado por estado el día 5 del mismo mes y año (fl. 1327 y ss. cuaderno

3), se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demandada Asea Brown “(...) con fundamento en la cancelación de la matrícula de Registro Mercantil en la Cámara de Comercio, considera el despacho procedente como quiera que la sociedad demandada deja de ser sujeto de derechos y obligaciones al perder su registro mercantil cesan los efectos como sociedad comercial siendo entendible que la parte actora pierda interés en adelantar en su contra demanda alguna. Por lo tanto se ACEPTA el desistimiento de las pretensiones incoadas en contra de la demandada ASEA BROWN BOVERI AKTIEGESELLSCHAFT Sucursal Colombia, dese por terminado el proceso respecto a esta demandada y continúese el trámite respecto de las demás llamadas al proceso.”.

La Curadora ad Litem de Servicios Técnicos Profesionales S.T.P., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros (fl. 1373 y ss. y 1380 y ss. cuaderno 2). El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que obraba prueba en el proceso en que los contratos de trabajo eran de obra, los que tenían vigencia hasta la terminación de la misma e igualmente en las causales de terminación establecidas en la cláusula 3 se señaló en el párrafo “para el caso particular de este contrato de trabajo este se podrá dar por terminado cuando ocurra uno de los siguientes hechos: (...) b. Cuando la obra sea suspendida por causas fuera del control del empleador y este decida suspenderla temporal o definitivamente. (...)”, también señaló que la caducidad no era responsabilidad de su representada pues la misma era una simple intermediaria en la cual se contrato la mano de obra y no dependía de ella el

cumplimiento del contrato estatal, por lo que los trabajadores no fueron despedidos sin justa causa ni ilegalmente, toda vez que al declararse la caducidad del contrato este se liquidó y no continuó la obra. Propuso la excepción de mérito que denominó prescripción.

En audiencia efectuada el 18 de julio de 2012, se determinó que era procedente el llamamiento en garantía realizado a Chubb de Colombia Compañía de Seguros (fl.1416 y ss. cuaderno 3), aseguradora que contestó la demanda refiriendo que no le constaba ninguno de los hechos expuestos en la demanda y por tanto se atendería a lo que resultare probado dentro del proceso (fl. 1483 y ss. cuaderno 3), propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido y prescripción, igualmente y en el mismo escrito se pronunció respecto al llamamiento en garantía, señalando que se oponía a las pretensiones por carecer de los presupuestos axiológicos, facticos y jurídicos en que se fundaba la responsabilidad, por lo que no estaba obligada a reparar las indemnizaciones solicitadas por la demandante y propuso como excepciones de mérito las que denominó: Exclusión de amparo, límite del valor asegurado, buena fe y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de noviembre de 2020, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ECOPETROL, ABB INC, TALLERES DE MECANICA KLEIN Y CIA LTDA integrado por las sociedades ABB – AUTOMATION INC hoy denominada ABB INC y la simple intermediaria SERVICIOS TECNICOS PROFESIONALES LTDA, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda formuladas por los señores

JACOB CARVAJAL ESTUPIÑAN, CELSO CRUZ NAYZIR, LUIS ANTONIO DIAZ DAZA, EDISON GALLEGU LAMBRANO, EDISON MARTINEZ SALCEDO, AIZAR MEDINA SANCHEZ, JORGE ENRIQUE OSPINO MARMOL, DIOFANNY MARIA OSORIO CONEO, JAIRO ARTURO RAMIREZ SUAREZ, ROSALBA RICO SANABRIA, JOSE DAVID SANTANDER DUEÑAS y HECTOR URIBE VALBUENA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: *CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante. Tásense por secretaria.*

TERCERO: *En caso de no ser apelada la presente providencia REMÍTASE al superior para que surta el grado jurisdiccional de consulta.”*

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que entre Ecopetrol y el Consorcio Abb Klein, se suscribió el contrato VRM-026-97, el cual se extendió hasta el 7 de abril de 2000, contrato que fue liquidado mediante Resolución del 4 de julio de 2001, en la que se concluyó que para el 7 de abril de 2000, los trabajos no fueron terminados y se acordó iniciar labores de liquidación, también se señaló que con las documentales allegadas no se pudo establecer que el plazo del contrato se extendiera más allá del 7 de abril de 2000, ni se aportó carta de despido de la totalidad de los demandantes y las cartas que obraban en el proceso daban cuenta que la finalización de la relación contractual obedecía al cumplimiento del término de la labor contratada.

Igualmente, aludió que los contratos por obra o labor dependían de la suerte que corriera el contrato principal (VRM-026-97), junto con sus modificaciones ya que fue el origen de la contratación, de suerte que si el plazo del referido contrato solo se extendió hasta el 7 de abril de 2000, dicha fecha se constituía en la fecha de culminación del mismo y en consecuencia al ser las fechas de terminación aducidas por los demandantes posteriores a esta se concluía que no se incurrió en despido sin justa causa y resaltó que el tema

discutido en el proceso ya había sido estudiado por la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL15170-2015, razón por la cual no había lugar a imponer condenas.

Finalmente y tratándose de las reclamaciones de salarios y prestaciones sociales legales y extralegales convencionales de Ecopetrol y su incidencia salarial, se adujo que en todo caso las mismas estaban llamadas al fracaso pues no se allegó la CCT frente a la que se pretendía su aplicación y que dados los resultados del proceso era innecesario hacer estudio de la solidaridad con las demandadas y del llamamiento en garantía.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si era viable establecer que los demandantes fueron objeto de un despido colectivo ilegal efectuado por la empresa Talleres de Mecánica I: Klein Y Cia Ltda integrante del Consorcio Abb Klien y en consecuencia si las terminaciones de los contratos resultaban ineficaces y resultaba procedentes el pago de salarios y prestaciones legales y extralegales conforme a la CCT de Ecopetrol S.A

En primer lugar, debe precisarse que no existe controversia en que Ecopetrol S.A. y el Consorcio Abb Klein (integrado por Abb Industrial Systems Inc, Asea Brown Boveri Ltda y Talleres de Mecánica I. Klien Ltda), suscribieron el 10 de diciembre de

1997, el contrato VRM-026-97, el cual tenía por objeto *“PLANEACIÓN, PROGRAMACIÓN, ADMINISTRACIÓN Y EJECUCIÓN DE: INGENIERÍA DE DETALLE, GESTIÓN DE COMPRAS, SUMINISTRO DE TODOS LOS MATERIALES Y EQUIPOS, EJECUCIÓN DE TODAS LAS OBRAS CIVILES, MECÁNICAS, ELÉCTRICAS, DE INSTRUMENTACIÓN, OBRAS DEL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL Y LAS DEMÁS REQUERIDAS PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EL MONTAJE, PRUEBAS Y PUESTA EN OPERACIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS SISTEMAS A CONTRATAR DEL PROYECTO “AMPLIACIÓN Y ACTUALIZACIÓN TECNOLÓGICA DE LOS ELEMENTOS EXTERNOS DEL CIB.”*, contemplándose un plazo de 480 días calendario, esto era, hasta el 3 de mayo de 1999, no obstante, con posterioridad se suscribieron los contratos adicionales VRM-035-98, VRM-028-00 y VRM-029-00, en virtud de los cuales el plazo de extendió hasta el 7 de abril del año 2000.

De igual forma, debe indicarse que conforme a la prueba documental allegada se tiene que de los 12 demandantes, 10 de ellos, correspondientes a los señores Jacob Carvajal, Luis Antonio Diaz Daza, Edison Gallego Lambraño, Edinson Manuel Martínez Salcedo, Aizar Medina Sánchez, Diofanny M. Osorio Coneo, Jairo Arturo Ramírez, Rosalba Rico Sanabria, José David Santander Dueñas y Héctor Uribe Valbuena, sostuvieron vinculaciones laborales con Servicios Técnicos y Profesionales Ltda. STP, para prestar servicios dentro del proyecto de ampliación y actualización tecnológica de los elementos externos del CIB (lo que era objeto del contrato VRM-026-97 suscrito entre Ecopetrol S.A. y el Consorcio Abb Klein), pues respecto de los señores Celso Cruz Nayzir y Jorge

Enrique Ospino, no se allegó ningún documento que permitiera establecer algún tipo de relación y/o vinculación con alguna de las demandadas.

Así mismo, las documentales allegadas permiten establecer que Servicios Técnicos y Profesionales Ltda. STP al parecer suministraba personal al consorcio ABB-Klein, tal y como se desprende de los certificados de trabajo expedidos a Jacob Carvajal (fl. 46 C1), Edinson Gallego (fl. 78 C1), Aizar Medina (fl. 92 C1) y José David Santander (fl. 128 C1) y así también se desprende de lo estipulado en el paz y salvo expedido por STP Ltda al señor Jairo Arturo Ramírez (fl. 112 C1).

En este punto, conviene resaltar que la sociedad Abb Inc. Sucursal Colombia, que es una empresa integrante del consorcio ABB - Klein, al contestar la demanda refirió que Talleres de Mecánica I Klein, suscribió un acuerdo para suministro de personal por intermedio de Servicios Técnicos Profesionales Ltda, corroborando la anotación realizada en el certificado de trabajo expedida al señor José David Santander, del siguiente tenor “Talleres I. Klein & Cia Ltda, se manifiesta ilíquida por tal motivo Ecopetrol asume el pago de estos salarios que se harán efectivos en los primeros días de junio de 2000.”

Así, debe recordarse que como el consorcio no es una persona jurídica y por tanto no puede asumir obligaciones de ningún tipo estas se deberán asumir por los integrantes del consorcio en forma plural o por alguno de sus integrantes, no obstante, las obligaciones son solidarias entre estos.

En ese orden y evidenciado que Ecopetrol S.A. suscribió contrato con el Consorcio Abb Klein, a efectos de que este adelantara desde la planeación hasta la ejecución de las obras para la ampliación y actualización tecnológica de los elementos externos del CIB, el cual contemplaba la posibilidad que el consorcio tuviera su personal propio y subcontratistas, conforme se desprende de la cláusula cuarta “obligaciones especiales del contratista”, en donde se aduce *“1.3. Entregar a la INTERVENTORÍA, durante la construcción, montaje y puesta en marcha, copia de los contratos individuales de trabajo, de las planillas quincenales de pago del personal local propio y de los subcontratistas, acompañadas de los reportes de tiempo correspondientes (...)”*.

Ahora bien, considerando lo señalando en líneas anteriores se tiene que una de las empresas consorciadas aparentemente suscribió algún tipo de acuerdo con Servicios Técnicos Profesionales STP Ltda, para el suministro de personal, sin embargo, al no haberse allegado el mismo se desconoce su objeto y las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ejecución, siendo aplicable en consecuencia los razonamientos realizados por nuestro órgano de cierre respecto a la tercerización laboral, en donde en sentencia SL4479-2020, señaló lo siguiente:

“(...)”

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de

terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

(...)»

Ateniendo el criterio antes expuesto y toda vez que no fue posible establecer que el consorcio hubiese contratado una actividad externa con la empresa Servicios Técnicos y Profesionales Ltda, ni se evidenció que dicha empresa tuviera una estructura empresarial propia y un aparato productivo especializado y por el contrario las pruebas y el propio reconocimiento hecho por Abb INC conducen a establecer que el objeto del contrato y/o acuerdo era para el suministro de personal, se estaba frente a una intermediación laboral ilegal, en consecuencia, se tiene que el Consorcio Abb Klein era el verdadero empleador y la empresa Servicios Técnicos y Profesionales Ltda era un simple intermediario, debiéndose mencionar que la figura del contratista independiente si se encuentra acreditada respecto del Consorcio aludido, siendo que el contrato fue adjudicado en razón a que el consorcio ganó la licitación pública adelantada para el proyecto objeto

del contrato en virtud de la cual se verifican entre otros la capacidad y autonomía técnica, financiera y organizacional, así como la experiencia asociada.

Aclarado lo anterior y toda vez que en este caso se reclama la existencia de un despido colectivo, lo primero que habría que mencionar es que aunque se observa que el Ministerio de la Protección Social mediante Resoluciones No. 000052 del 2 d diciembre de 2002 (fl. 746 y ss. cuaderno 2) y No. 00016 del 16 de abril de 2003, a través de las cuales resolvió solicitud sobre despido colectivo y el recurso de reposición presentado frente a esta respectivamente, determinó que la empresa Talleres de Mecánica I Klein & Cia Ltda incurrió en despido colectivo, no es menos cierto que mediante Resolución No. A-0154 del 25 de septiembre de 2003, se dispuso revocar la parte resolutive de la resolución no. 000052 de 2002, así:

“ARTICULO PRIMERO: DECLARAR que existe una controversia jurídica entre las empresas TALLERES DE MECANICA I. KLEIN Y CIA LTDA y sus subcontratistas SERVICIOS TECNICOS PROFESIONALES – STP – y MONTAJES MORELCO LIMITADA y los trabajadores de estas, razón por la cual no le es dable a este Ministerio declarar el DESPIDO COLECTIVO y en consecuencia le corresponde a los interesados acudir ante la justicia ordinaria para que hagan valer los derechos a que haya lugar.”

La anterior decisión se expidió considerando que al terminarse el contrato VRM-026-97 independientemente de las causas que lo motivaron desapareció el objeto de la obra contratada para los trabajadores en donde la discusión sobre la terminación del mismo y su incidencia en la contratación laboral no era de su competencia sino de los jueces respectivos por lo que ante la ambigüedad de la terminación de la obra y sus efectos le correspondía a la justicia ordinaria definir sobre los presuntos despidos aducidos por los trabajadores.

Como se observa resultaba necesario establecer la forma de terminación de los contratos de los trabajadores a efectos de poder determinar si se estaba o no frente a un despido colectivo, pues este se configura solo si se trata de una terminación unilateral y sin justa causa y se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, a través del cual se modificó el artículo 40 del Decreto-ley 2351 de 1965, que señala:

“ARTÍCULO 67. *El artículo 40 del Decreto-ley 2351 de 1965 quedará así:
Protección en caso de despidos colectivos.*

1. Cuando algún empleador considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en los artículos 5o, ordinal 1o, literal d) de esta ley y 7o, del Decreto-ley 2351 de 1965, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso. Igualmente deberá comunicar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores de tal solicitud.

2. Igual autorización se requerirá cuando el empleador por razones técnicas o económicas u otras independientes de su voluntad necesite suspender actividades hasta por ciento veinte (120) días. En los casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia.

3. La autorización de que trata el numeral 1 de este artículo podrá concederse en los casos en que el empleador se vea afectado por hechos tales como la necesidad de adecuarse a la modernización de procesos, equipos y sistemas de trabajo que tengan por objeto incrementar la productividad o calidad de sus productos; la supresión de procesos, equipos, o sistemas de trabajo y unidades de producción; o cuando éstos sean obsoletos o ineficientes, o que hayan arrojado pérdidas sistemáticas, o los coloquen en desventaja desde el punto de vista competitivo con empresas o productos similares que se comercialicen en el país o con los que deba competir en el exterior; o cuando se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos, o quede hecho así haya ocurrido; o por razones de carácter técnico o económico como la falta de materias primas u otras causas que se puedan asimilar en cuanto a sus efectos; y en general los que tengan como causa la consecución de objetivos similares a los mencionados.

Esta solicitud respectiva deberá ir acompañada de los medios de prueba de carácter financiero, contable, técnico, comercial, administrativo, según el caso, que acrediten debidamente la misma.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podrá calificar un despido como colectivo sino cuando el mismo afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte

por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta (50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos (500) e inferior a mil (1000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1000).

5. No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

6. Cuando un empleador o empresa obtenga autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el cierre definitivo, total o parcial, de su empresa, o para efectuar un despido colectivo, deberá pagar a los trabajadores afectados con la medida, la indemnización legal que le habría correspondido al trabajador si el despido se hubiera producido sin justa causa legal. Si la empresa o el empleador tiene un patrimonio líquido gravable inferior a mil (1.000) salarios mínimos mensuales, el monto de la indemnización será equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la antes mencionada.

7. En las actuaciones administrativas originadas por las solicitudes de que trata este artículo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá pronunciarse en un término de dos (2) meses. El incumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable de causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.”

Revisado el material probatorio se tiene que respecto del señor Jacob Carvajal Estupiñán, no se allegó documental alguna que permitiera establecer la forma en que terminó el contrato; respecto de los señores Luis Antonio Díaz Daza y José David Santander Dueñas, se evidencia que estos suscribieron varios contratos sin que se hubiese acreditado como terminó el ultimo de los celebrados; frente a los señores Edison Gallego Lambraño, Edinson Manuel Martínez, Aizar Medina Sánchez y Héctor Uribe Balbuena, el soporte que obra de la vinculación laboral es un certificado de trabajo en el que aunque no se detalla el tipo de contrato se advierte que estaba asociado a una obra, orden de trabajo Klein, lo que conduce a considerar que era por obra o labor como se alude por la parte actor en su demanda e incluso en los alegatos presentados en esta instancia y bajo este mismo entendimiento se considera

que la razón de la terminación estipulada en dicho documento “terminación del contrato” obedece a la terminación de la obra y finalmente tratándose de los señores Diofanny M. Osorio Coneo, Jairo Arturo Ramírez y Rosalba Rico, se tiene que la terminación de tales contratos acaeció por terminación de la labor contratada o terminación del plazo contractual, precisándose frente a este último que al ser los contratos suscritos por duración de la obra o labor determinada indefectiblemente se tiene que la terminación se dio por terminación de la obra.

Así las cosas, se concluye que respecto de los trabajadores frente a los que se acreditó la terminación del contrato, tal situación se produjo por terminación de la obra o labor contratada, finalizando tales contratos el 14, 16 y 17 de abril de 2000, es decir, una vez venció el plazo establecido en el último contrato adicional suscrito entre Ecopetrol S.A. y el Consorcio ABB Klein.

En consecuencia, al haberse contratado a los trabajadores para prestar servicios dentro del proyecto de ampliación y actualización tecnológica de los elementos externos del CIB, objeto del contrato VRM-026-97 suscrito entre Ecopetrol S.A. y el Consorcio Abb Klein, resulta claro y natural que la obra estaba atada a la ejecución del contrato VRM-026-97, especialmente cuando en los contratos que fueron allegados de los señores Diofanny M. Osorio Coneo, Jairo Arturo Ramírez y Rosalba Rico, se detalla en el párrafo de la cláusula tercera que el contrato se podría dar por terminado cuando el avance de la etapa de construcción del proyecto se

encontrara en un 75% de acuerdo con el informe mensual de obra o cuando la obra fuera suspendida por causas fuera de control del empleado y este decidiera suspenderla temporal o definitivamente.

En esa medida y como al proceso no se allegó ninguna prueba distinta que permitiera determinar que el plazo de terminación del contrato extendido hasta el 7 de abril de 2000 se hubiese prolongado aún más y por el contrario a través de la Resolución No. 005 de 2001 (fl. 215 y ss. C1), Ecopetrol S.A liquidó de manera unilateral el contrato VRM-026-97, ante el presunto incumplimiento del contratista, es posible establecer que para la fecha de terminación de los contratos de trabajo, se había verificado la paralización de la obra y el inicio de las operaciones encaminadas a liquidar el contrato VRM-026-97, razón por la cual se concluye que en este caso no se dio una terminación unilateral del contrato de trabajo y por tanto no habría lugar si quiera a considerar que se podría estar inmerso en una situación de despido colectivo y por tanto no habría lugar a la ineficacia de las terminaciones de los contratos.

Frente al tema conviene rememorar un extracto de la sentencia que citó el a quo correspondiente a la SL15170-2015, pues allí la C.S.J., S.C.L, al analizar un asunto similar señaló:

“(…)

En este punto es pertinente destacar que la duración de la obra o labor del contrato de trabajo no podía identificarse simple y llanamente con la finalización física de las obras contratadas por Ecopetrol, sin tener en cuenta la suerte del contrato VRM-026-97, como lo sugiere la censura, pues ello daría pie a que, ante la suspensión de las obras y su estado de indefinición,

por la liquidación estatal unilateral del contrato, se proyectara la duración del vínculo laboral de manera indefinida e indeterminada, lo que reñiría abiertamente con la voluntad de las partes al escoger un modelo de vinculación determinado «por la duración de la obra o labor contratada».

Al respecto resulta necesario resaltar también que, dentro del texto del contrato de trabajo, las partes habían previsto que la terminación del vínculo podría darse, entre otras cosas, «...cuando la obra sea suspendida por causas fuera del control del EMPLEADOR y este decida suspenderla temporal o definitivamente...», que fue precisamente lo que sucedió cuando Ecopetrol decidió unilateralmente la liquidación forzosa del contrato de obra.

De acuerdo con todo lo anterior, en el proceso estaba claro que la «obra o labor» para la cual había sido empleado el actor estaba ligada a la vigencia del contrato de obra VRM-026-97, suscrito entre Ecopetrol y el Consorcio ABB-KLEIN, de manera que terminado este último, por su liquidación unilateral, era razonable asumir que la referida obra o labor había culminado y se justificaba, por esa misma vía, la expiración del contrato de trabajo. Tal inferencia concuerda con el hecho de que a la demandada le fue imposible continuar las labores de «gerencia de construcción», así como con la cláusula del contrato de trabajo que autorizaba su terminación «...cuando la obra sea suspendida por causas fuera del control del EMPLEADOR y este decida suspenderla temporal o definitivamente...»

Por otra parte y frente al pago del salario y prestaciones convencionales y su incidencia salarial atendiendo lo previsto en la CCT suscrita entre Ecopetrol S.A. y la USO para la vigencia 1999 – 2001, debe señalarse que pese a que se observa que en los contratos que fueron aportados de algunos trabajadores tales como los de Luis Antonio Diaz Daza, Diofanny M. Osorio Coneo, Jairo Arturo Ramírez Suarez y Rosalba Rico Sanabria, se contempla en la cláusula 15 que el empleador reconocerá al trabajador por los servicios que presta además del salario pactado las prestaciones sociales y beneficios estipulados en la CCT vigente entre la USO y Ecopetrol S.A., aplicable a empleados de contratistas en contratos de obra y acto seguido precisa los beneficios aplicables a la fecha de firma del contrato (subsido de habitación, subsidio de alimentación, subsidio de transporte y subsidio de comisariato), se tendría que en principio a estos trabajadores deberían reconocérseles tales beneficios, sin embargo, como estos reclaman tales beneficios conforme a lo

dispuesto en la CCT y también reclaman otros derechos tales, como salarios, prima de servicios, cesantías y la incidencia salarial atendiendo lo dispuesto en la CCT, sin que se allegara acuerdo convencional alguno, se tiene que como lo señaló el quo no era posible establecer la viabilidad de lo reclamado ni el valor en que debía pagarse por estos, siendo que la CCT constituía el marco de referencia para ello.

Respecto de los trabajadores restantes, esto es, frente a los señores Jacob Carvajal Estupiñán, Édison Gallego Lambraño, Edinson Manuel Martínez Salcedo, Aizar Medina Sánchez, José David Santander Dueñas y Héctor Uribe Valbuena, debe indicarse que aun en gracia de discusión se determinara que eran beneficiarios de la CCT, como no se allegó acuerdo convencional alguno sería imposible establecer la viabilidad de lo reclamado, conforme se expuso antes.

En consecuencia y atendiendo las consideraciones aquí realizadas se procederá a confirmar la decisión de primera instancia, precisando que la absolución de las demandadas es referente de Ecopetrol S.A., de las integrantes del Consorcio Abb – Klein y de la empresa Servicios Técnicos Profesionales Ltda.

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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de noviembre de 2020, 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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ROSA ISABEL ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00326 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de octubre de 2021. La sentencia impugnada absolvió a las demandadas de todas y

cada una de las pretensiones formuladas y el recurso de apelación tiene por objeto se revoque la decisión y se acceda a la ineficacia y/o nulidad del traslado.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante Rosa Isabel Rojas pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, rendimientos y gastos de administración causados.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que inició cotizaciones a pensión en el ISS el 16 de enero de 1984; que en 1998 se traslado del RPM al RAIS con Colfondos y que al momento del traslado de régimen, la AFP no le brindó información suficiente y debida para que tomara una decisión respecto al traslado; que en el año 2001 realizó un traslado de AFP de Colfondos a Provenir S.A. y que en el año 2019 con 57 años y 1675 semanas solicitó la pensión de vejez.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colfondos Pensiones y Cesantías, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que las administradoras aquí convocadas sí brindaron a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones y en cuanto a la pretensión de nulidad, resaltó lo expuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, señalando que para su prosperidad se requería que la suscripción de la vinculación, no proviniera del afiliado, situación que no ocurrió, pues la demandante, de su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación ni se se aportaban elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos s.a., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y señalando que no le constan otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la actora se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen y

puntualizando que si bien se desconocían las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la asesoría no era menos cierto que la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen y se debió a la información brindada por los asesores de la AFP que efectuaron el traslado, más aún cuando del acervo probatorio no obra ninguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de la afiliación que llegara a invalidar la misma.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad Financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

Mediante auto del 8 de septiembre de 2021, notificado por estado el día 9 del mismo mes y año, se tuvo por no contestada la demanda de Porvenir S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: *ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., de las pretensiones incoadas por la demandante ROSA ISABEL ROJAS.*

SEGUNDO: *SIN COSTAS en esta instancia.*

TERCERO: *ORDENAR se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el superior, en caso de que la parte demandante no interponga recurso de apelación contra la presente decisión.”*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencia fundacional radicado 31989 del año 2008, relevante en el asunto ya que, desde esa época, luego de analizar las responsabilidades especiales de las AFP concluye con la necesidad y la obligación de información completa, suficiente y necesaria sobre las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias jurídicas. Este criterio se ha venido ampliando en sentencias como SL 4989 de 2018, SL 1452 de 2019, entre otras, donde la regla jurisprudencial identificable de las AFP es que deben suministrar al afiliado una información clara, completa, comprensible y oportuna respecto de características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del cambio de régimen.

Así, indicó que si bien de las pruebas documentales no fue posible establecerlo y tampoco existió una confesión sobre el particular, lo cierta era que de estas pruebas si se extractaba que la demandante se encontraba pensionada por Porvenir S.A., situación frente a la que se debían seguir los

pronunciamientos de la C.S.J., S.C.L. los cuales impedían acceder a la nulidad o ineficacia en este caso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que con la decisión se violó el artículo 4 de la Ley 1896 y la sentencia C-836 de 2011, la cual desarrollaba la importancia de la doctrina social probable en la interpretación de las leyes y en la actividad judicial para fallar los casos, en este entendido la apelación se soporta en la violación del artículo 13 de la igualdad de la Constitución Política Nacional del principio de principio procesal de la publicidad y del principio de buena fe, siendo que al momento de radicar la demanda no existía la variación de la jurisprudencia, razón por la cual se debió aplicar para este caso la doctrina legal probable que se tenía al momento de la radicación de la demanda y no el criterio jurisprudencial que la Corte Suprema de Justicia laboral viene imponiendo en los últimos tiempos.

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A 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 resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que la demandante tiene la condición de pensionada de Porvenir S.A., siendo que esto no se desconoce por las partes especialmente por la actora, pues su reparo gira en torno a que no le era aplicable el pronunciamiento efectuado recientemente por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, respecto de ineficacia de traslado en el caso de los pensionados, dado que

para la presentación de la demanda esta no había sido expedida.

Sobre el particular, conviene recordar que si bien 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, no puede pasarse por alto que la Sala de Casación Laboral en pronunciamiento del 10 febrero de 2021, estableció que la situación de los pensionados constituía un estatus jurídico consolidado que no se podía revertir e impedía la ineficacia del traslado, abandonando así el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demandaba era un pensionado

Al respecto, resulta pertinente traer a colación apartes de la Sentencia mencionada, correspondiente a la SL-373 de 2021 con radicación No. 84475, que sobre el particular señaló:

“(…)

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiende los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación

jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado.

(...)”

De conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia citada resulta acertado resumir lo siguiente: i) que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; ii) que invalidar el estado de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y en especial tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones y iii) si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información y con ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, podrá

demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Así las cosas, se aprecia que si bien la tendencia jurisprudencial en torno al tema objeto de análisis ha venido variando al punto de llegar a establecer la inviabilidad de la ineficacia del traslado cuando se trata de un pensionado, debe precisarse que considerando el fundamento expuesto en líneas anteriores es evidente que tal posición tiene como premisa el interés general y las razones expuestas avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento, razón por la cual esta sala acoge el criterio del órgano de cierre y considera que el mismo le es aplicable a la actora siendo que en dicha providencia se efectuó un análisis particular y concreto de la situación de aquellas personas que tenían la condición de pensionados que hasta el momento no se había efectuado y solo se aplicaban los mismos parámetros sin distinción a la condición de afiliado – pensionado, aunque tal diferencia si comporta consecuencias diferentes como se evidenció en la sentencia citada, de modo que acoger el criterio que rige el asunto particular no genera vulneración a la doctrina probable ni mucho menos los principios y/o derechos aducidos.

En ese orden de ideas y como la demandante Rosa Isabel Rojas, poseía el estatus de pensionada, se procederá a confirmar la sentencia expedida por el a quo, en cuanto la misma se ajusta al precedente vigente establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante, se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALBA YUBI
PARRA ALVAREZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 020 2019 00815 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Sandra Patricia Vargas Boada, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.052.312.627 y tarjeta profesional No. 234.818 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2021. La sentencia impugnada absolvió de la totalidad de las pretensiones.

En esta instancia se allegaron alegatos por Colpensiones, en los que señaló que el acto administrativo que revocó las prestaciones otorgadas en la Resolución GNR 41268 del 20 de febrero de 2015 y Resolución No. 281212 del 14 de septiembre de 2015, por medio de las cuales se reconoció una pensión de vejez y la sustitución pensional se indicó que a tales prestaciones no les asistía derecho por ser producto de una historia laboral irregular y fraudulenta, existiendo claros motivos reales, objetivos, trascendentes y verificables que demuestran que la prestación se reconoció a partir de una conducta que está tipificada como delito. Frente a la pensión de vejez aludió que el señor Julio Vicente Martínez, nació el 01 de noviembre de 1952 y a la fecha del fallecimiento contaba con 62 años de edad, es decir, al 1° de abril de 1994 contaba con 41 años de edad, sin embargo, no logró acreditar las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, por tanto, no conservó el régimen de transición. Finalmente, respecto a la pensión de sobrevivientes resaltó que el señor Julio Vicente Martínez, tampoco dejó causado el derecho.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las partes existió un vínculo de reconocimiento y pago de una sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de su cónyuge Julio Vicente Martínez Martínez, mediante Resolución No. GNR 281212 del 14 de septiembre de 2015, que se ordenara a Colpensiones a continuar el pago de la pensión a la que tenía derecho junto con el retroactivo generado desde que se había dejado de recibir a lo que resultare probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que mediante Resolución No. GNR 41268 del 20 de febrero de 2015, Colpensiones le reconoció al señor José Vicente Martínez, pensión de vejez en cuantía de \$566.700 a partir del 1° de noviembre de 2012; que el señor José Vicente Martínez falleció el 1° de mayo de 2015; que mediante Resolución No. GNR 28212 del 14 de septiembre de 2015, Colpensiones le reconoció sustitución pensional del señor Martínez en calidad de cónyuge supérstite y a su hijo Andrés Julián Martínez Parra, en calidad de hijo menor de edad; que desde entonces disfrutó de la pensión hasta diciembre de 2017 cuando le quitaron el amparo mediante Resolución No. 2017-13343867-2008-5900848 / No-250581.

Igualmente, precisó que mediante Resolución No. SUB 250581 del 9 de noviembre de 2017, se indicó que la modificación realizada en la historia laboral no tuvo como

causa solicitud del causante o requerimiento de alguna autoridad, por lo que el usuario de la Gerencia Nacional de Operaciones ingresó abusivamente y de forma ilícita al aplicativo de historia laboral tradicional al ampliar la vinculación con Indumacor Ltda. sin que ella tuviera responsabilidad en ello; que mediante resolución Sub 250581 Colpensiones admitió que el error fue cometido por un funcionario de la entidad; que interpuso acción de tutela No. 110013110015201800700-00 en donde el juez constitucional anuló el acto administrativo en el que le quitaron la pensión Resolución No. SUB250581 del 9 de noviembre de 2017, sin que se acreditara el cumplimiento de dicha orden.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que mediante investigación administrativa se logró evidenciar que el causante no tenía derecho a la pensión de vejez toda vez que el mismo acreditada 718 semanas, puesto que las semanas tenidas en cuenta al momento del reconocimiento fueron actualizadas de forma ilícita por parte del colaborador del área de corrección de historia laboral de la Gerencia Nacional de operaciones en el aplicativo de Historia Laboral Tradicional adjudicándole al accionante 336 semanas que fueron determinantes para obtener la prestación económica. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos

administrativos, no configuración del derecho al pago de IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de julio de 2021, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES., de las pretensiones incoadas por la señora ALBA YUBI PARRA ALVAREZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la señora ALBA YUBI PARRA ALVAREZ, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo mensual vigente

TERCERO: De ser o no apelada la presente decisión, remítase ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que Colpensiones objetivamente efectuó revocatoria directa del acto administrativo cuestionado al estar acreditada la irregularidad aducida en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, pues al valorar la información allegada especialmente la obrante en el expediente administrativo allegado por la demandada, se pudo establecer que si bien el Juzgado 15 de Familia ordenó proteger el derecho fundamental al debido proceso y que se surtieran las correspondientes notificaciones, esto fue corregido por Colpensiones ya que al solicitarse un incidente

desacato el referido juzgado indicó que ya se había dado cumplimiento al mandato y se había corregido el yerro del procedimiento administrativo.

Igualmente, refirió que de las documentales obrantes en el expediente tales como el informe de auditoría realizado por la Gerencia de Historia Laboral y el informe de gestión de Colpensiones del año 2017, entre otros, se pudo determinar que el causante acreditaba solo 638 semanas para el momento del reconocimiento pensional siendo que las mismas fueron actualizadas y/o corregidas de forma ilícita en el aplicativo de historia laboral tradicional por colaborador del área de corrección de historia laboral de la gerencia Nacional de Operaciones “Diego Javier Males Poveda”, precisándose que en la verificación adelantada se encontró una adición de semanas no soportadas en los archivos microfilmados heredados por el ISS, encontrándose un aumento no soportado de 336 semanas y toda vez que las correcciones se adelantaron por el señor Males Poveda, quien fue denunciado penalmente por fraude y encontrando probado el hecho punible en este tipo de asuntos siendo que incluso acepto los cargos, era evidente la irregularidad.

Lo anterior, sumado a que el causante en vida tenía conciencia de que no reunía los requisitos ya que en el informe de auditoría se precisó que este inicialmente solicitó la indemnización sustitutiva sin embargo una vez pidió la corrección de la historia laboral se le concedió la pensión de vejez, tal indicio llevaba a la conclusión junto con las demás pruebas de que la pensión fue reconocida irregularmente,

especialmente cuando la parte actora no hizo lo propio para acreditar que la historia laboral no fue adulterada.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si le es posible pronunciarse respecto a que Colpensiones pudiera revocar su propio acto administrativo y si era viable acceder a la reactivación de la pensión.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que mediante Resolución No. 41268 del 20 de febrero de 2015, se reconoció pensión de vejez al señor José Vicente Martínez, en cuantía inicial de \$566.700 a partir del 1° de noviembre de 2012; ii) que mediante Resolución No. 281212 del 14 de septiembre de 2015, Colpensiones reconoció sustitución de la pensión de vejez del señor José Vicente Martínez en favor de la señora Alba Yuby Parra Álvarez en calidad de cónyuge supérstite y del menor Andrés Julián Martínez Parra en calidad de hijo en porcentajes iguales de 50%, a partir del 1° de mayo de 2015; iii) que mediante la Resolución No. SUB 250581 del 09 de noviembre de 2017, se revocaron los actos administrativos antes mencionados con fundamento en el auto de cierre No. 820 del 11 de noviembre de 2016, proferida dentro de la investigación administrativa especial No. 255 de 2016, llevada a cabo por la Gerencia de Prevención de Fraude y iv) que mediante Resolución No. SUB 41847 del 16 de febrero de

2018, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de la actora, por cuanto el causante señor Martínez Martínez no dejó causado el derecho.

En primer lugar y frente al argumento expuesto por la parte actora relacionado con que el juez constitucional anuló el acto administrativo en el que le quitaron la pensión, debe indicarse que verificado el soporte documental allegado se encuentra que mediante sentencia del 31 de julio de 2018, el Juzgado 15 de familia, en efecto ordenó la revocatoria de la Resolución No. SUB 250581 de 2017, resultado relevante de dicha sentencia los siguientes apartes:

II. ANTECEDENTES:

La señora **ALBA YUBY PARRA ÁLVAREZ**, presentó acción de tutela contra la **COLPENSIONES**, autoridad pública que presuntamente viola o amenaza el derecho fundamental invocado, en relación con la presunta vulneración del derecho fundamental del mínimo vital, por cuanto le fue negado por esa entidad el reconocimiento de pensión de sobrevivientes mediante resolución No. 2017-13343867-2008-590848 de 18/02/2017, reconocimiento al que sostiene tener derecho.

Como fundamento de la protección pretendida, la accionante expone los siguientes,

III. HECHOS

1. mediante resolución GNR 41268 del 20 de febrero de 2015, **COLPENSIONES** reconoce a favor de mi esposo **JULIO VICENTE MARTÍNEZ MARTÍNEZ** con cedula de ciudadanía C.C. No. 19.184.263 una pensión de vejez en cuantía de 566.700 efectiva desde el 01 de noviembre de 2012.

2. Por medio de la resolución GNR 281212 del 14 de septiembre del 2015, **COLPENSIONES** reconoce una sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor **JOSE VICENTE MARTÍNEZ MARTÍNEZ** ocurrido el día 01 de mayo de 2015.

3. Sostiene la accionante hacer uso de dicha pensión para el sostenimiento suyo y de su menor hijo, dado que es su única fuente de ingresos.

4. Afirma que la entidad accionada aduce un fraude en las semanas cotizadas de su esposo, pero que así mismo alude que su extinto esposo no tuvo culpa

alguna en dicho suceso, de acuerdo a la resolución No. SUB 250581 del 09 de noviembre del 2017 expedida por **COLPENSIONES**.

5. Aduce estar en una situación de necesidad para lo cual pide la protección de su derecho al mínimo vital.

(...)

Ahora bien, respecto a la vulneración del derecho al mínimo vital, encuentra el despacho, que una vez revisada la demanda de tutela y el material probatorio allegado, se tiene que la parte actora no acreditó en debida forma si situación de vulnerabilidad, sin embargo este estrado judicial en vista de salvaguardar los derechos fundamentales de la accionante encuentra que ha habido una violación al debido proceso administrativo por cuanto la entidad accionada en primer lugar no tuvo en cuenta los criterios enunciados en el art. 93 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como tampoco se percató del trámite a iniciar conforme al art. 97 de la misma codificación.

(...)

Si bien esta juzgadora no entrara a dictar disposiciones que afecten los lineamientos establecidos por las entidades prestadoras de pensiones para reconocer la pensión de vejez de un particular y que en cuyo caso es competencia de la jurisdicción ordinaria, si es de cabida proteger el derecho al debido proceso administrativo, lo anterior teniendo en cuenta que mal haría esta juzgadora en pasar por alto una indebida actuación por parte de una entidad del estado, más aun cuando la ley determina el trámite a seguir en el caso en particular que nos ocupa.

Visto lo anterior, considera este despacho que la acción de tutela es procedente en cuanto a la protección del derecho al debido proceso administrativo mas no en la protección del mínimo vital, puesto que los lineamientos para el reconocimiento de una pensión de vejez están atribuidos a la entidad administradora de pensiones y no al juez de tutela, para lo cual se le advierte a la accionante que otros son los medios legales de los que puede hacer uso, ya que cuenta con un medio de defensa judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales que deprecia, el cual corresponde al medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento de derechos, que es el proceso judicial establecido

por la ley para controvertir los actos administrativos, cuando los interesados consideran que en la expedición de los mismos se les ha vulnerado algún derecho, toda vez que no se encuentran acreditados dentro del planario los supuestos especiales de procedencia de la acción de tutela.

(...)

Sin embargo la entidad accionada conforme a la parte considerativa incurrió en violación al debido proceso administrativo aspecto que compete a este despacho por la vía de la tutela y que transitoriamente puede resolver, considera esta agencia judicial que se irroga un perjuicio grave a una persona con la medida adoptada. En efecto, la violación al debido proceso administrativo, puede considerarse como una amenaza inminente y grave de destrucción de un derecho fundamental.

En conclusión, no es posible utilizar a los jueces constitucionales como medio de remplazo de la competencia que el legislador ha otorgado a los jueces ordinarios, ni como mecanismo alternativo para omitir acudir oportunamente en los términos establecidos por la ley, se insiste, en el caso que nos ocupa está demostrado que la entidad accionada incurrió en violación al debido proceso administrativo por cuanto no siguió los parámetros establecidos en los artículos 93 y 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para lo cual se ordenara la revocaría de la resolución SUB 250581 del 09 de noviembre de 2017.

(...)

VIII. R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de debido proceso administrativo en protección de la accionante señora **ALBA YUBY PARRA ALVAREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 28.553.704 de Ibagué (Tolima).

SEGUNDO: REVOCAR la resolución SUB 250581 del 09 de noviembre de 2017, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Las autoridades accionadas deberán **acreditar** el cumplimiento de lo aquí dispuesto, notificando a la interesada o su apoderada **conforme a lo señalado por el artículo 66 del C.P.A.C.A.**

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones proferir resolución bajo los lineamientos de los artículos 93 y 97 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: NEGAR la tutela del derecho fundamental al mínimo vital invocado por la señora **ALBA YUBY PARRA ALVAREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 28.553.704 de Ibagué (Tolima), los que considera vulnerados con la expedición de la resolución SUB 250581 del 09 de noviembre de 2017, por improcedente teniendo en cuenta que existen otros medios de defensa judicial, cuya competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

QUINTO: DESVINCULAR de la presente acción de tutela a COLFONDOS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Notifíquese esta providencia a las partes, por el medio más expedito y eficaz, en la forma y bajo los términos previstos por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEPTIMO: EXPEDIR, por Secretaría, de ser requerida, copia auténtica del fallo a favor del accionante y de la accionada, previo el pago de las expensas correspondientes.

OCTAVO: Si este fallo no fuere impugnado, **envíese** el expediente al día siguiente a la H. Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

Como se observa la revocatoria de la Resolución No. 250581 del 9 de noviembre de 2017 (mediante la cual se revocó el reconocimiento pensional efectuado al causante y en consecuencia la sustitución pensional de la actora y de su hijo), acaeció por considerarse que existió una violación del debido proceso administrativo por cuanto no se siguieron los parámetros establecidos en los artículos 93 y 97 del CPACA, sin efectuar ninguna consideración en cuanto al derecho del reconocimiento pensional.

Sobre el particular habría que señalar que si bien tal decisión fue objeto de recurso de impugnación no se dio trámite al mismo por ser el recurso extemporáneo, no

obstante, conviene mencionar que ante solicitud de incidente de desacato presentado por la aquí actora, el Juzgado 15 de Familia de Oralidad de Bogotá D.C., emitió auto del 12 de febrero de 2019, en el que se puntualizó “(...) *Se le indica a la memorialista que no se da curso al incidente de desacato presentado, toda vez que la entidad accionada acreditó el cumplimiento a la acción de tutela, por lo que deberá estarse a lo resuelto*”.

Ahora bien, en este punto resulta oportuno mencionar que con posterioridad a la resolución que revocó el reconocimiento pensional a favor de la demandante se expidió la Resolución No. Sub 41847 del 16 de febrero de 2018, ante solicitud presentada por la demandante en la que solicitaba se indicaran las razones por las cuales se le había dejado de pagar la pensión a partir del 1° de diciembre de 2017, se analizó la viabilidad de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la actora, indicando que no se dejó causado el derecho y que tampoco se cumplían con los requisitos exigidos para aplicar la condición más beneficiosa por lo que no era posible realizar el reconocimiento pensional.

Igualmente, en dicho acto administrativo frente a lo relativo de las razones por las cuales se le había negado la pensión se le indicó que la Gerencia de Prevención del Fraude emitió auto de cierre proferido dentro de la investigación administrativa especial llevada a cabo para determinar si el reconocimiento de la pensión de vejez mediante Resolución GNR 41268 del 20 de febrero de 2015, se ajustaba a derecho y no obedecía a la comisión de algún fraude, investigación en la que se concluyó

que las modificaciones realizadas a la historia laboral del causante efectuadas por el colaborador del área de corrección de historia laboral de la Gerencia Nacional de Operaciones el 21 de octubre de 2014, las cuales fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento pensional fueron efectuadas sin justificación ni soporte alguno por lo tanto dichas semanas no podían hacer parte de la historia laboral ni debían ser tenidas en cuenta para el beneficio de la prestación económica, precisando que esa era la razón por la que se emitió la resolución No. GNR 250581 del 9 de noviembre de 2017 que revocó las resoluciones No. 41268 de 2015 (pensión vejez) y 281212 de 2015 (sustitución pensional).

Atendiendo lo señalado en líneas anteriores se entendería que la vulneración efectuada al debido proceso administrativo fue superada y que la demandante insiste en el derecho que le asiste en el reconocimiento de la sustitución pensional.

Respecto a este último punto en particular, debe mencionarse que pese a que el artículo 97 del CPACA, que contempla la revocatoria de actos de carácter particular y concreto establece que *“(...) cuando un acto administrativo, bien sea expreso o fícto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular”*, no puede pasarse por alto que lo expuesto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, esto es, la revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente constituye una excepción expresa a lo previsto en la norma citada del CPACA, tal y como lo

indicó la Corte Constitucional, en sentencia SU-182 de 2019, en la que unificó el criterio, frente a la revocatoria directa contemplada en la norma de la Ley 797 de 2003, en los siguientes términos:

“(…)

171. *La Corte Constitucional ha avalado este mecanismo de control en el campo específico de las pensiones, pero ha advertido que el mismo debe ser usado razonablemente pues pone en tensión principios rectores del ordenamiento constitucional, como lo son, la buena fe y la confianza legítima, la presunción de legalidad de los actos administrativos, la protección de los derechos adquiridos, el imperio del derecho y la seguridad jurídica. Aunque la administración está autorizada a revisar sus propios actos para salvaguardar el ordenamiento de actuaciones abiertamente ilegales, su uso indiscriminado erosiona la confianza ciudadana y la credibilidad en las instituciones, y también puede llegar a afectar gravemente el mínimo vital de una persona.*

172. *A partir del análisis realizado en los capítulos anteriores, se concluye que es necesario precisar el alcance del artículo 19 de la Ley 797 de 2003, así como reiterar los principios y criterios trazados por la Sentencia C-835 de 2003; y complementarlos para superar las diferencias que se han producido entre las salas de revisión, de la siguiente manera:*

- (i) **Solo son dignos de protección aquellos derechos que han sido adquiridos con justo título.** Según dispone el artículo 58 de la Carta Política, la protección de los derechos adquiridos, implica que su obtención se dio “con arreglo a las leyes vigentes”. Los derechos que se obtienen irregularmente no pueden aspirar a la misma protección e inmutabilidad de la que gozan los derechos obtenidos con apego a la Ley.
- (ii) **La verificación oficiosa del cumplimiento de los requisitos pensionales es un deber.** Las administradoras de pensiones o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, no solo están facultadas, sino que es su deber verificar de oficio, el cumplimiento de los requisitos para la adquisición de un derecho prestacional. Sin embargo, mientras no surjan nuevos motivos o causas fundadas de duda, no puede la administración reabrir periódicamente investigaciones que afecten derechos adquiridos, y propicien escenarios injustificados de inseguridad jurídica.
- (iii) **Solo motivos reales, objetivos, trascendentes, y verificables, que pudieran enmarcarse en un comportamiento criminal justifican la revocatoria, sin el consentimiento del afectado.** Con este criterio, la jurisprudencia busca evitar que el ciudadano quede al arbitrio de la administración. La simple sospecha, inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos, o debates jurídicos alrededor de una norma, no habilitan el mecanismo de la revocatoria unilateral. Estos motivos deben ser lo suficientemente graves como para que pudieran enmarcarse en una conducta penal.
- (iv) **No es necesario aportar una sentencia penal para desvirtuar la buena fe del beneficiario de la pensión.** Los supuestos que trae el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 deben entenderse como el resultado de conductas u omisiones especialmente graves, al punto

que pudieran enmarcarse en algún tipo penal; y no simplemente tratarse de discrepancias jurídicas, o inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos. Esto supone un estándar alto de prueba a cargo de la administración, pero no implica una suerte de prejudicialidad, que restrinja la actuación de la administración a la espera que se produzca una sentencia penal condenatoria.

- (v) **Tampoco hace falta que el afiliado sea el que haya concertado o inducido en error a la administración, pues el ordenamiento jurídico sanciona a quién se aprovecha de estos escenarios.** El cumplimiento de las normas es un presupuesto básico del Estado social y democrático de derecho. Actuar con rectitud y honestidad es una exigencia que se deriva del principio general de la buena fe y que permite crear un ambiente de confianza mutuo, imprescindible para el buen funcionamiento del sistema pensional. El orden constitucional no protege la posición de quien pretende aprovecharse del error o infortunio ajeno para obtener un beneficio particular.
- (vi) **Sujeción al debido proceso.** La administración o autoridad competente no puede suspender un derecho pensional, sin antes haber agotado un debido proceso que garantice al afectado su defensa. En este proceso, la carga de la prueba recae sobre la administración a quien corresponde desvirtuar la presunción de buena fe que cubre al pensionado. Durante el mismo, debe prestarse especial atención a los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción. Frente a una “censura fundada” de la administración, la carga de la prueba se traslada al afiliado.
- (vii) **El derecho fundamental al habeas data y la prueba supletiva de la historia laboral.** Tanto el empleador como las administradoras de pensiones son las principales responsables de velar por la correcta expedición y custodia de los certificados que den cuenta fielmente de la trayectoria laboral de una persona. Pero, teniendo en cuenta que aún subsisten fallas en el manejo de la información, las administradoras de pensiones no pueden, sin más, modificar la historia laboral de un afiliado, salvo que cuenten con una “justificación bien razonada” y sujeta a un debido proceso. El afiliado, por su parte, está en el derecho de controvertir el dictamen de la administración, y para ello podrá hacer uso de los medios supletivos de prueba a su alcance. El análisis del nivel de certeza que ofrecen estos medios alternos deberá hacerse caso a caso, y teniendo en cuenta, también, que la tutela no es el escenario para adelantar un examen probatorio a fondo, ni reemplaza la competencia del juez ordinario, quien tiene la palabra definitiva.
- (viii) **El procedimiento administrativo de revocatoria no debe entenderse como un escenario puramente adversarial.** Atendiendo las fallas históricas en el manejo de la información laboral, y considerando que el trabajador es la parte débil del sistema, las administradoras de pensiones no pueden asumir el procedimiento de revocatoria como una instancia meramente adversarial. Están obligadas a utilizar sus competencias de investigación e inspección, incluso de oficio, para corroborar o desestimar los argumentos y pruebas que ponga de presente el trabajador. En caso de que el afiliado allegue algún medio de prueba que soporte razonablemente su versión, no se podrá revocar su derecho, hasta tanto la administración agote los medios a su alcance para verificar las pruebas e intentar aproximarse a la realidad fáctica de lo sucedido.
- (ix) **Efectos de la revocatoria.** La revocatoria directa solo tiene efectos hacia el futuro (ex nunc). La administración no puede recuperar los dineros que haya girado en una maniobra fraudulenta a través de

este mecanismo, sino que debe acudir al juez administrativo, quién sí es competente para retrotraer todas las consecuencias que ocasionó un acto administrativo contrario a derecho.

- (x) **Alcance de la revocatoria y recurso judicial.** *La revocatoria unilateral es un mecanismo de control excepcional promovido por la propia administración. Esta no resuelve definitivamente sobre la legalidad de un acto administrativo, ni tiene la competencia para expulsar del ordenamiento un acto pensional y retrotraer sus efectos. Tanto la administración como los particulares podrán acudir ante el juez competente para resolver de forma definitiva las diferencias que surjan en torno a un reconocimiento pensional.*

173. *En los términos descritos, la Sala Plena unifica su jurisprudencia en relación con la figura de la revocatoria directa para asuntos pensionales, según el marco normativo dispuesto por la Ley 797 de 2003, y demás normas relevantes.”*

En ese orden de ideas y conforme al precedente citado, debe interpretarse que la revocatoria directa de pensiones reconocidas irregularmente no tiene la capacidad de retirar el acto administrativo del ordenamiento y retrotraer sus efectos, pues para ello se debe acudir ante el juez ya que este es el único que puede resolver de forma definitiva las diferencias suscitadas respecto del reconocimiento pensional.

Bajo el anterior lineamiento, no existe duda que corresponde al juez laboral dirimir tal controversia, así atendiendo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma, por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del señor ocurrió en vigencia de dicha normatividad (1° de mayo de 2015).

Así, se tiene que el **numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), consagra que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado que fallezca.

A su turno, el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (Subrayas y negrita fuera de texto)._

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.¹ Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente; (...)”

De la anterior normativa se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, se tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se acredite la convivencia con el o la causante por espacio de 5 años y que la pensión sería vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tuviera mas de 30 años

al momento del fallecimiento, aspectos que cumple la demandante.

El objeto de controversia en este caso se contrae respecto a que el causante señor Julio Vicente Martínez Martínez, no contaba realmente en su historia pensional con las semanas suficientes para habersele reconocido la pensión de vejez y en consecuencia no habría derecho a la sustitución pensional.

Precisado lo anterior, debe indicarse que revisado el expediente administrativo, se evidencia que ante la presunta irregularidad en las semanas del señor Julio Vicente Martínez, se iniciaron distintas acciones y actuaciones tendientes a verificar el acumulado de semanas que sirvieron de base para el reconocimiento pensional al mismo, encontrando varios informes de investigación, auditoría y denuncias penales, que fueron mencionados en detalle por el a quo, documentales dentro de las cuales esta sala resalta el documento denominado “ÁREA DE CUMPLIMIENTO – OFICIAL DE CUMPLIMIENTO INFORME CASO NO. 20467”, en donde se concluye:

“(…)

Del análisis efectuado en el aplicativo **HISTORIA LABORAL TRADICIONAL** con acceso al **LOG DE AUDITORÍA DE NOVEDADES** se evidenció lo siguiente:

1. Se evidenciaron correcciones a la historia laboral por los siguientes usuarios:
gnhl el 01 de diciembre de 2003
dcan_mbaron el 13 de octubre de 2009
djmalesp el 21 de octubre de 2014
2. Se realizaron modificaciones de **INGRESO, RETIRO y CAMBIO DE SALARIO** de la siguiente manera:
 - ✓ NP 01007100177 TRANP URB SAMPER MENDOZA (dcan_mbaron)* (djmalesp)**
 - * Ingreso => 24/02/1972.
 - * Retiro => 30/09/1972.
 - ✓ NP 01002602228 INDUMACOR LTDA (dcan_mbaron)* (djmalesp)**
 - * Ingreso => 01/11/1973
 - * Cambio salario => 01/05/1974, 01/09/1974, 01/01/1977.
 - ** Cambio salario => 01/01/1976.
 - Pago Hasta => 31/05/1977
 - Pago Desde => 01/12/1977
 - ** Cambio salario => 01/01/1978, 01/01/1979, 01/01/1980, 01/01/1981, 01/01/1982.
 - ** Retiro => 01/04/1982.

- ✓ NP 01008209194 **CORPORAC UNIVERS PILOTO COL (dcan_mbaron)***
 - * Ingreso => 17/05/1982.
 - * Cambio salario => 01/01/1985, 01/01/1987, 01/01/1988, 01/01/1989, 01/01/1990, 01/01/1991, 01/01/1992.
 - * Retiro => 01/04/1992.
- ✓ NP 01009870369 **MARTÍNEZ MARTÍNEZ JULIO V (dcan_mbaron)***
 - * Ingreso => 01/11/1993.
 - * Cambio salario => 01/01/1994.
 - * Retiro => 30/01/1994.

Así mismo, es importante resaltar los periodos trabajados, que no fueron modificados por los usuarios que realizaron correcciones a la historia laboral:

- ✓ NP 01009870369 **MARTÍNEZ MARTÍNEZ JULIO V**

Ingreso => 04/12/1992

Retiro => 31/10/1993

3. Se encontraron que se realizaron correcciones manuales por tener fuente 95 que significan **NOVEDADES NO CORRELACIONADAS**, de igual manera se encontró que se realizaron correcciones de manera **MASIVA** por tener fuente (100, 101 o 116) también presenta correcciones manuales con fuente 2 que corresponde al cargue realizada de los periodos verificados en el **LIBRO PAGO** y las **MICROFICHAS**, los registros se encuentran con los siguientes nombres:

- ✓ **MARTINEZ MART JULIO V**

Del análisis efectuado en el aplicativo **NOVEDADES EN LÍNEA** se evidenció lo siguiente:

1. Se realizó la búsqueda por **MARTINEZ MART JULIO V** y se encontraron 5 resultados con 1 coincidencia.

Se validó en el libro pago el número de cédula para verificar si los tiempos reportados en el aplicativo de Historia Laboral Tradicional corresponden al afiliado y se encontró que coincide el número de cédula del afiliado con el reportado en la tarjeta de afiliación.

Del análisis efectuado en los archivos físicos y magnéticos microfilmados se evidenció lo siguiente:

1. Se hicieron las verificaciones tanto en las microfichas digitalizadas en el **LIBRO PAGO**, así como las que se encuentran en las cajuelas respecto de los siguientes patronales para los siguientes periodos:

(...)

- ✓ NP 01002602228 **INDUMACOR LTDA**
 - Noviembre de 1973: Se validó la microficha 1973 – 11 en la página 1427 MF 07 y se encontró cotización efectuada, con novedad de ingreso de 01 de noviembre de 1973.
 - Octubre de 1975: Se validó la microficha 1975 – 10 en la página 1170 MF 06 y se encontró cotización efectuada, con novedad de retiro de 19 de octubre de 1975.
 - Mayo de 1977: Se validó la microficha 1977 – 05 en la página 1225 MF 06 y NO se encontró cotización efectuada.
 - Diciembre de 1977: Se validó la microficha 1977 – 12 en la página 1269 MF 07 y NO se encontró cotización efectuada.
 - Enero de 1979: Se validó la microficha 1979 – 01 en la página 1383 MF 07 y NO se encontró número patronal.
 - Enero de 1981: Se validó la microficha 1981 – 01 en la página 1512 MF 08 y NO se encontró número patronal.
 - Abril de 1982: Se validó la microficha 1982 – 04 en la página 1465 MF 08 y NO se encontró número patronal.

“(...)

CONCLUSIÓN:

EL señor: **JULIO VICENTE MARTÍNEZ MARTÍNEZ**, identificado con cédula de ciudadanía N° **19.184.263**, quien a la fecha cuenta con **64** años, presentó **INDEMNIZACIÓN VEJEZ**, mediante el radicado N° 2014_7443928 del 09 de septiembre de 2014 en la oficina SUPERCADÉ SUBA de la Regional Bogotá.

El radicado N° 2014_9302946 con fecha de creación del 05 de noviembre de 2014 radicado en la oficina SECCIONAL A CEDRITOS de la regional Bogotá contiene el **TRAMITE** de **SOLICITUD DE CORRECCIÓN HISTORIA LABORAL**.

El radicado N° 2015_1711635 con fecha de creación del 26 de febrero de 2015 radicado en la oficina SUPERCADÉ SUBA de la regional Bogotá contiene la solicitud

NOTIFICACIÓN de la GNR 41268 de 20 de febrero de 2015, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez.

El radicado N° 2015_4414386 con fecha de creación del 19 de mayo de 2015 radicado en la oficina REGIONAL CENTRO de la regional Centro contiene la solicitud **AUXILIOS FUNERARIOS**.

El radicado N° 2015_5838854 con fecha de creación del 01 de julio de 2015 radicado en la oficina SECCIONAL A CEDRITOS de la regional Bogotá contiene la solicitud **SUSTITUCIÓN PENSIONAL**.

Se efectuaron las revisiones de rigor, encontrándose que el señor cuenta con un total de 1.028 semanas con corte al 17 de agosto de 2016, así mismo se evidenció que la historia laboral correspondiente al periodo tradicional del señor cuenta con modificaciones efectuadas por los usuarios **gnhl** el 01 de diciembre de 2003 **dcan_mbaron** el 13 de octubre de 2009 **djmalesp** (**DIEGO JAVIER MALES POVEDA**) el 21 de octubre de 2014.

Así mismo, que mediante la Resolución **GNR 41268 DEL 20 DE FEBRERO DE 2015**, que fue sustentada por el usuario analista **LEONARDO FABIÁN DÍAZ CHAKER** y revisada por el usuario revisor **CAMILO ANDRÉS RODRÍGUEZ PIRACOCA**, se le reconoció la pensión de vejez con base a los siguientes tiempos:

ENTIDAD LABORO	DESDE	HASTA	NOVEDAD	DÍAS
TRANP URB SAMPER MENDOZA	19720224	19720930	TIEMPO SERVICIO	220
INDUMACOR LTDA	19731101	19770531	TIEMPO SERVICIO	1308
INDUMACOR LTDA	19771201	19820401	TIEMPO SERVICIO	1583
CORPORAC UNIVERS PILOTO COL	19820517	19920401	TIEMPO SERVICIO	3608
MARTINEZ MARTINEZ JULIO V	19921204	19931031	TIEMPO SERVICIO	332
MARTINEZ MARTINEZ JULIO V	19931101	19940130	TIEMPO SERVICIO	91
JULIO VICENTE MARTINEZ MARTINE	19980901	19981031	TIEMPO SERVICIO	60

Que conforme lo anterior, el afiliado acreditaba un total de 7.202 días laborados, correspondientes a 1.028 semanas con las cuales se efectuó el reconocimiento de la prestación.

La verificación adelantada arrojó como resultado que esta historia laboral tradicional presenta una adición de semanas las cuales no se encuentran soportadas en los archivos microfilmados heredados por el Instituto de Seguros Sociales a Colpensiones es así como se tiene que **SE AMPLIARON INCLUYERON SIN SOPORTES** los tiempos cotizados con

el patronal **INDUMACOR LTDA (NP 01002602228)** el cual registra desde 01 de noviembre de 1973 hasta el 19 de octubre de 1975 y desde hasta y **NO** desde 20 de octubre de 1975 hasta 31 de mayo de 1977, y desde el 01 de diciembre de 1977 hasta el 01 de abril de 1982.

Conforme a lo anterior se logró establecer de acuerdo a la verificación realizada el día 17 de agosto de 2016, existe un incremento de semanas no justificado, las cuales no tienen soportes en los archivos microfilmados, es así como la historia laboral tradicional del señor **JULIO VICENTE MARTÍNEZ MARTÍNEZ** cuenta con 683 semanas aproximadamente, encontrándose un aumento no soportado en los archivos microfilmados de 336 semanas aproximadamente, así mismo se verificó el periodo pos 94 se evidenció que la afiliada cuenta con un total de 8 semanas las cuales no presentaron alteraciones o modificaciones,

De conformidad con la anterior documental se tiene que el demandante contaba realmente con 691 semanas cotizadas siendo que existió una actualización y/o aumento no soportado de 336 semanas, el que fue evidenciado con el patronal Indumacor Ltda ya que con este se encontró novedad de ingreso del 1° de noviembre de 1973 y de retiro del 19 de octubre de 1975, sin contar con novedades entre el 20 de octubre de 1975 y el 31 de mayo de 1977 y luego entre el 1° de diciembre de 1977 y el 1° de abril de 1982.

Igualmente, de este mismo documento se desprende que efectuado el análisis del aplicativo BIZAG, se evidenció lo siguiente:

“(…)

1. El radicado N° 2014_7443928 con fecha de creación del 09 de septiembre de 2014, radicado en la oficina SUPERCADÉ SUBA de la regional Bogotá contiene la solicitud **INDEMNIZACIÓN VEJEZ**.
2. El radicado N° 2014_9302946 con fecha de creación del 05 de noviembre de 2014 radicado en la oficina SECCIONAL A CEDRITOS de la regional Bogotá contiene el **TRAMITE de SOLICITUD DE CORRECCIÓN HISTORIA LABORAL**.
3. El radicado N° 2015_1711635 con fecha de creación del 26 de febrero de 2015 radicado en la oficina SUPERCADÉ SUBA de la regional Bogotá contiene la solicitud **NOTIFICACIÓN** de la GNR 41268 de 20 de febrero de 2015, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión de vejez.

(…)”

Los anteriores registros conducen a inferir que el señor Julio Vicente Martinez, sabía que no tenía derecho a la pensión de vejez, pues no existe otra razón para haber solicitado en primera oportunidad la indemnización sustitutiva, resultando extraño que al poco tiempo hubiese solicitado la corrección de historia laboral y se hubiese efectuado el reconocimiento pensional.

De igual forma, debe indicarse que desde que se expidió el auto de cierre de la investigación administrativa (archivo 12 fl. 73 y ss) y tanto en la Resolución No. SUB 250581 del de 2017, como en las resoluciones posteriores se ha referenciado que el motivo por el que se dejó de reconocer y pagar la sustitución pensional fue porque se evidenció que hubo un aumento no soportado de semanas en la historia laboral del señor José Vicente Martinez que conllevaron a que en su momento se efectuara el reconocimiento pensional, sin que se hubiese allegado ante la entidad demandada o en la acción judicial que se adelanta soporte probatorio alguno que diera cuenta que el señor Julio Vicente Martinez, si cotizó las 336 semanas encontradas como no soportadas.

En este punto conviene recordar que la sustitución pensional es una figura que permite sustituir el derecho a la pensión cuando fallece un pensionado pero si esta pensión fue producto de un acto o actuación irregular podrá revocarse la misma conforme lo señala la normativa y jurisprudencia ya reseñada, ello sin perjuicio del actuar de buena fe de los beneficiarios a quienes les fue sustituida la pensión.

En esa medida encontrando que el señor Julio Vicente Martinez, contaba realmente con 691 semanas cotizadas y considerándose que en la Resolución de reconocimiento pensional en su favor (GNR 41268 del 20 de febrero de 2015), se mencionó que el afiliado nació el 1° de noviembre de 1952, se procedió a efectuar el análisis contemplando 1028 semanas cotizadas y efectuando el estudio con fundamento a lo

dispuesto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 en atención al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, considerando la edad y las semanas cotizadas verificado el derecho a la luz de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición y de la Ley 100 de 1993 (Modif. art. 9 Ley 797 de 2003), se tiene que el causante no acreditaba los requisitos si quiera para ser beneficiario del régimen de transición y mucho menos para haber obtenido el reconocimiento pensional y ostentar la condición de pensionado y tampoco dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes por cuanto no contaba con 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al deceso, siendo que desde la expedición de la sentencia No. 42540 del 20 de junio de 2012, nuestro máximo órgano de cierre ha venido señalando que se debe inaplicar la disposición regresiva del requisito de fidelidad.

En ese orden de ideas y bajo las anteriores consideraciones se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la

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


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GRACIELA MELO
DE RAMIREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 006 2019 00276 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de octubre de 2021. La sentencia impugnada absolvió de todas y cada una de las pretensiones formuladas. El recurso de apelación tiene por

objeto se revoque la decisión y se acceda al pago del incremento del 14%.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarará que le asistía derecho a que la demandada le reconociera y pagara un incremento adicional a su pensión del 14% por su cónyuge Luis Hernando Ramírez Cárdenas, en forma retroactiva, a partir del 20 de octubre de 2016, en 14 mensualidades anuales y con sus incrementos anuales correspondientes, al pago de los intereses moratorios y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que le fue reconocida la pensión de vejez en cumplimiento de sentencia judicial mediante Resolución No. GNR 310954 del 20 de octubre de 2016; que la pensión le fue reconocida bajo los parámetros del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que en la Resolución nada se dijo del incremento del 14% para su cónyuge, señor Luis Hernando Ramírez, con quien había convivido en forma permanente desde que contrajeron matrimonio y quien dependía económicamente de ella.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que a la demandante se le reconoció la pensión con fundamento en la ley 797 de 2003, por lo que en virtud del principio de inescindibilidad no era posible reconocer los incrementos pensionales por pensionales por personas a cargo son una disposición normativa derogada con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, posición confirmada por la sentencia SU - 140 de 2019, en la que se indicó que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994, fecha en la que entró a regir la ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de mérito: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de octubre de 2021, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de las pretensiones de la demanda de conformidad con expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

COSTAS a cargo de la parte actora vencida en el proceso, se fija en la suma de 50000 por concepto de agencias en derecho. “

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que el reconocimiento pensional efectuado por la demandada en favor de la actora se efectuó en aplicación de

lo dispuesto por la ley 797 de 2003, precisando que los incrementos pensionales regulados por el artículo 21 del acuerdo 049 del año 1990 reclamados no tenían vocación de prosperidad porque los mismos no estaban contemplados en la normatividad bajo la cual se efectuó el reconocimiento de la pensión y que en todo caso debía tenerse en cuenta que el incremento estaba previsto para los beneficiarios del régimen del acuerdo 049 de 1990 por derecho propio con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, al 1° de abril de 1994, como se indicó en la sentencia SU- 140 de 2019.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, lo siguiente:

“(...) En efecto la resolución de reconocimiento de pensión mediante la resolución GNR 310954 de octubre 20 del 2016, se hizo en cumplimiento de una sentencia judicial proferida por Juez de la República en virtud a la negativa reiterada de la institución en reconocer la prestación por vejez a que mi representada tenía derecho y en estos términos la citada resolución y la citada sentencia conllevó a que se reconociera el derecho por haber cumplido mi mandante con los requisitos establecidos por el decreto 758 de 1990, reglamentados por la ley 758 se reconoció discúlpeme bien es cierto la prestación se reconoció en este caso concreto bajo los parámetros de la ley 797 del 2003, en armonía con lo establecido por el artículo el 36

de la ley 100 vale decir régimen de transición en efecto se establece que es aplicable plenamente la citada disposición del decreto 158 respecto de la liquidación de la pensión y si bien es cierto igualmente que la ley 100 de 2003 (sic) que entró en vigencia el primero de abril de 1994 en ninguno de sus acápite determina que las normas establecidas por el decreto 758 y concretamente el artículo 21 de la mencionada disposición se encuentran derogadas, razón por la que teniendo su plena vigencia es plenamente aplicable al caso concreto y por consiguiente mi mandante se hace beneficiaria a reconocimiento reclamado en la presente demanda (...)."

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si era viable efectuar el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que conforme a lo expuesto en la Resolución No. GNR 310954 del 20 de octubre de 2016, a la actora se le reconoció la pensión de vejez, bajo los presupuestos establecidos en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducciones por la Ley 797 de 2003, precisándose en la misma resolución que la señora Graciela Melo de Ramirez, como no acreditó las 750 semanas al 25 de julio de 2005, no conservó el régimen de transición y por ello se procedió a efectuar el análisis bajo la normatividad mencionada, debiéndose precisar que la confusión que al

parecer presenta el recurrente frente a la aplicabilidad para el reconocimiento pensional del Decreto 758 de 1990, se deriva del hecho que la resolución aportada fue allegada en forma desorganizada, sin embargo, se resalta que del acto administrativo aludido es claro que el reconocimiento pensional fue efectuado bajo los parámetros de la ley 100 de 1993 con las modificaciones de la Ley 797 de 2003, normativa que no contempla los incrementos pensionales por cónyuge a cargo y en consecuencia no podrían concederse.

De igual forma, conviene recordar que en lo que respecta a los incrementos pensionales debe tenerse en cuenta lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en pronunciamiento realizado en la sentencia No. SL1125-2021, en la que se indicó lo siguiente:

“Debe resaltar la Sala que, sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo, la jurisprudencia ha venido discutiendo la viabilidad de reconocerlos con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, en favor de los pensionados a quienes se les reconoció la prestación económica con ocasión del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condiciones que acredita el recurrente, en razón a que no se discute la fuente normativa de la pensión que recibe, modo que tanto esta Sala como la Corte Constitucional, en sede de tutela rechazó su reconocimiento (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517; CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345; CSJ SL9592-2016 y CSJ SL1975-2018) o lo hizo si no se hubiera extinguido por prescripción (CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 27923) y finalmente en la sentencia CC SU140-2019, la última determinó su vocación de existencia únicamente para aquellas personas que adquirieron el derecho pensional antes de la vigencia de la referida ley de seguridad social, en los siguientes términos:

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

3.2.4 Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior (ver supra 3.1.2.- 3.1.4.) dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

3.2.5 Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

[...]

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

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

3.2.13. En efecto, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la vigencia de la Ley 100 –esto es, cuando se haya efectivamente cumplido con los requisitos para acceder a la pensión antes del 01 de abril de 1994- no puede predicarse la subsistencia de un derecho que no llegó siquiera a nacer a la vida jurídica. En otras palabras, el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 únicamente protegió las expectativas legítimas que pudieren tenerse para adquirir el derecho principal de pensión pues los derechos accesorios a éste –además de no tener el carácter de derechos pensionales por expresa disposición de la ley - no tuvieron efecto ultractivo alguno. Y si en gracia de discusión se admitiera que los referidos incrementos sí gozaban de dicha ultractividad, la expectativa de llegar a hacerse a ellos definitivamente desapareció para todos aquellos que no llegaron a efectivamente adquirirlos durante la vigencia del régimen anterior.

En consideración de lo anterior, no hay lugar al reconocimiento de esta prebenda, en la medida que, entiende la Sala, fueron derogados con el advenimiento de la Ley 100 de 1993 y sus efectos no subsistieron por transición, dado que el artículo 36 ibidem solo respetó lo relacionado con

edad, tiempo y monto de pensión y nada dijo sobre este derecho accesorio a la pensión.

(...)”

De conformidad con el precedente citado se tiene que el derecho a los incrementos se mantuvo solo para aquellos pensionados que cumplieron los requisitos para adquirir el derecho pensional antes del 1° de abril de 1994 y toda vez que la demandante no se encuentra en la situación fáctica enunciada para conservar la vigencia al derecho de los incrementos pensionales siendo que el cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho a la pensión se configuraron con posterioridad al 1° de abril de 1994, según se desprende de la resolución de reconocimiento pensional, por lo que no es posible acceder a lo solicitado.

Así las cosas, al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios se observa que la misma, se ajusta a la realidad procesal y por tanto se procederá a conformar la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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 28 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

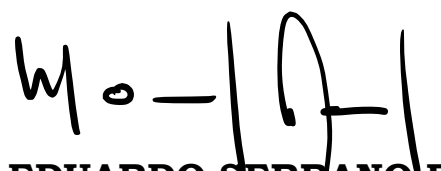
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandante

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIRSIÑO NIÑO
MONTES CONTRA INDUSTRIA MILITAR - INDUMIL**

RADICADO: 11001 3105 039 2019 00189 02

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

En forma previa a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2021, se advierte que en el presente asunto se tiene pendiente resolver la apelación interpuesta contra el auto de decreto de pruebas dictado en audiencia efectuada el 16 de junio de 2021, mediante el cual se negó la practica del interrogatorio de parte del demandante solicitado por la misma parte,

fundamentado en que este solo era factible cuando tiene fines de confesión situación que no se daba en el asunto.

La anterior decisión fue apelada por el apoderado del demandante considerando que su representando necesitaba ser escuchado después de haber prestado sus servicios por 29 años a Indumil y manifestarle al despacho otras consideraciones que podrían resultar relevantes para analizar en lo ultra y extra petita, solicitando así que se diera la oportunidad para que el demandante fuera auscultado por el profesional e incluso contra preguntado por Indumil en razón a una serie de realidades derivadas de la prestación de servicios para el estado durante 29 años mediante el contrato de trabajo del que fue retirado sin justa causa.

Al respecto, lo primero que habría que señalar es que el auto que niegue el decreto o la práctica de una prueba es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En cuanto al punto de discusión, resulta relevante recordar que el interrogatorio de parte, se contemplaba en el artículo 203 del CPC, cuyo requisito de procedencia establecía que debía ser solicitado por la contraparte, siendo que esta prueba tiene como propósito obtener la confesión judicial, sin embargo, con la expedición del CGP, se abrió la discusión a la posibilidad que la parte solicitara su propia declaración, considerando lo expuesto en los artículos que a continuación

se citan del capítulo III denominado Declaración de parte y confesión:

“ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. *La confesión requiere:*

- 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*
- 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
- 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
- 4. Que sea expresa, consciente y libre.*
- 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*
- 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.*

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas. *(Subrayas y negrita fuera de texto).*

(...)

ARTÍCULO 198. INTERROGATORIO DE LAS PARTES. El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso.

Las personas naturales capaces deberán absolver personalmente el interrogatorio. *(Subrayas y negrita fuera de texto).*

Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales cualquiera de ellos deberá concurrir a absolver el interrogatorio, sin que pueda invocar limitaciones de tiempo, cuantía o materia o manifestar que no le constan los hechos, que no esté facultado para obrar separadamente o que no está dentro de sus competencias, funciones o atribuciones. Para estos efectos es responsabilidad del representante informarse suficientemente.

Cuando se trate de incidentes y de diligencias de entrega o secuestro de bienes podrá decretarse de oficio o a solicitud del interesado el interrogatorio de las partes y de los opositores que se encuentren presentes, en relación con los hechos objeto del incidente o de la diligencia, aun cuando hayan absuelto otro en el proceso.

Si se trata de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que lo decreta quedará notificado en estrados, no admitirá recurso, y en él se ordenará que las personas que deben absolverlo comparezcan al juzgado en el día y la hora

señalados; la diligencia solo se suspenderá una vez que se hayan practicado las demás pruebas que fueren procedentes.

Practicado el interrogatorio o frustrado este por la no comparecencia del citado se reanudará la diligencia; en el segundo caso se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor.

El juez, de oficio, podrá decretar careos entre las partes.”

Analizadas las normas antes citadas, concluye esta sala que la declaración y/o interrogatorio de parte hacen referencia tanto a las manifestaciones espontaneas como a las provocadas dentro de una actuación judicial, en donde las primeras podrían provenir por ejemplo de la demanda o contestación, las segundas a partir del cuestionario realizado en el comúnmente denominado interrogatorio de parte.

Bajo el anterior entendimiento no sería procedente que la propia parte pida su declaración, conclusión que además encuentra sustento en las siguientes razones: i) porque se contrariaría el principio universal que nadie puede crear su propia prueba para luego valerse, sacar provecho o beneficio de la misma, considerando el interés que la parte tiene dentro del litigio, lo que conllevaría a restarle objetividad y que no pueda tenerse en cuenta y ii) que la reclamación y/o inconformidad presentada por la parte debió haber sido esbozada en el libelo de demanda o en la respectiva contestación, de modo que resulta innecesaria una declaración sobre el particular ya que en todo caso la decisión debe proferirse acorde al principio de congruencia.

Adicionalmente, debe indicarse que aunque el recurrente insiste en la declaración del demandante señalando que debe ser escuchado para exponer unas realidades derivadas de la

prestación de servicios que desplegó en favor del estado, lo expuesto se enmarcaría dentro del primero de los eventos mencionados en líneas precedentes, por lo que analizado el objeto de la prueba esta resulta improcedente.

Así las cosas y conforme a las anteriores consideraciones no se cumplen los presupuestos para la prosperidad de la prueba, razón por la cual se confirma el auto impugnado.

Resuelto lo anterior se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2021. La sentencia impugnada absolvió de todas y cada una de las pretensiones formuladas. El recurso de apelación tiene por objeto se aplique el principio de la realidad sobre las formas a efectos de considerar que el contrato fue realmente a término indefinido sin presentar las 58 renovaciones determinadas por el aquo, quedándose sin trabajo y sin que las destrezas adquiridas las pudiera ofrecer a otros empleadores.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia dentro del periodo comprendido entre el 6 de febrero de 1989 y el 5 de febrero de 2018, cuando se dio por terminado en forma unilateral y sin justa causa, en consecuencia, se ordenara el restablecimiento del contrato y se efectuara el reintegro al cargo de jefe de grupo VIII en grupo calidad – Fábrica Santabárbara, con el mismo salario que venia devengando al momento del despido o a otro de igual o superior categoría, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales (prima de riesgo y servicio, cesantías e intereses a las cesantías) dejados de percibir debidamente indexados.

Subsidiariamente solicitó el pago de la reparación de perjuicios y la indemnización por despido injusto, la reliquidación de cesantías y prima de servicios teniendo en cuenta la prima técnica y prima de riesgo, el pago de la indemnización moratoria por el no pago de la indemnización por despido injusto y de todas las prestaciones a la indexación de las sumas y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que ostentó la calidad de trabajador oficial mediante contrato de trabajo No. 017 del 6 de febrero de 1989, por el término de 6 meses, el cual posteriormente fue sustituido por el contrato No. 128/89 de carácter indefinido,

desempeñándose ininterrumpidamente hasta el 5 de febrero de 2018; que mediante comunicación del 22 de noviembre de 2017, la demandada decidió romper el nexo contractual invocando una figura extinguida conocida como la cláusula de reserva sin mediar justa causa o reparación de perjuicios y que el ultimo salario devengado ascendió a \$5.739.369, discriminado así: \$3.663.427 (básico mensual); \$1.465.371 (prima técnica) y \$610.571 (prima de riesgo).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Indumil, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que en virtud de lo dispuesto en la ley 6 de 1945, el Decreto Reglamentario 2127 de 1945 y lo señalado en el Decreto 1083 de 2015, las partes de común acuerdo suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido o sin fijación de término alguno entendiéndose pactado por seis meses tal como se convino en la cláusula V del contrato, siendo entonces el vencimiento del término pactado plazo presuntivo un modo legal y objetivo de terminación autorizado legalmente y no una decisión unilateral ilegal e injusta como lo afirma el actor, sin que haya lugar al reintegro ni pago de salarios y prestaciones sociales, destacando además que durante la vigencia del contrato de trabajo Indumil reconoció y pago en su totalidad los salarios derivados de la prestación del servicio hasta su terminación incluida la liquidación definitiva sin que se adeudara suma alguna.

Propuso las excepciones de meritó: cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado como un modo legal y objetivo de terminación, prescripción, compensación, buena fe y otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JAIRSINIO NIÑO MONTES, de una parte, y por la otra, la INDUSTRIA MILITAR -INDUMIL -. existió un contrato de trabajo a término indefinido, en calidad de Trabajador Oficial, desde el 6 de febrero de 1989 hasta el 5 de febrero de 2018, conforme a la parte motiva de la sentencia, esto es, que su finalización se dio por causa legal, es decir, el plazo presuntivo.

SEGUNDO: ABSOLVER a LA EMPRESA MILITAR INDUMIL de las pretensiones incoadas en su contra por, JAIRSINIO NIÑO MONTES.

TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito propuestas por la demandada denominadas COBRO DE LO NO DEBIDO y TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR VENCIMIENTO DEL PLAZO PACTADO COMO UN MODO LEGAL Y OBJETIVO DE TERMINACIÓN, sin que haya lugar las demás.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante en favor de la demandada. Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$900.0000 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al demandante.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que atendiendo lo dispuesto en los artículos 43 y 47 del Decreto 2147 de 1945, mediante el cual se reglamentaba el contrato de trabajo de los trabajadores oficiales y lo expuesto en diversos pronunciamientos de la C.S.J., S.C.L., se tenía que cuando las partes no estipulaban término alguno de duración del contrato había de entenderse que el mismo se había celebrado por el término de 6 meses y que una de las formas

de terminación de los contratos de trabajo entre entidades del estado y los trabajadores oficiales era la de expiración del plazo pactado o plazo presuntivo, de modo que cuando una parte se acogía al plazo presuntivo semestral o cuando lo hacía valer no había despido y por lo mismo no existía lugar a indemnización alguna y toda vez que en el caso bajo análisis se celebró un contrato a término indefinido operaba la figura del plazo presuntivo, la que claramente estaba pactada en las condiciones del contrato suscrito.

Así, procedió a analizar la forma en que el plazo presuntivo se extendió, determinando que la relación se prolongó durante 58 plazos presuntivos, en donde el último acaeció entre el 6 de agosto de 2017 y el 5 de febrero de 2018, evidenciando que el 22 de noviembre de 2017, la demandada le comunicó al trabajador la terminación del contrato por vencimiento del término pactado a partir del 5 de febrero de 2018, fecha hasta la que se prestó el servicio, por lo que no había lugar a despido ni a indemnización alguna, precisando que aunque la parte actora solicitaba que se desconociera el plazo presuntivo para en su lugar determinar que lo existía era un contrato a término indefinido ello no podía desconocerse pues esto lo establecía la misma ley, precisando que tampoco podía inaplicarla bajo la excepción de inconstitucionalidad por cuanto en consideración del despacho no era inconstitucional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, lo siguiente:

Que lo que se pretendía era obtener un pronunciamiento de la jurisdicción laboral respecto de unas verdades probadas en el proceso y no un pronunciamiento frente a unas cosas escritas en papeles siendo que al actor fue exaltado en su trabajo al punto que fue ascendido a cargos de confianza y manejo como lo fueron las últimas responsabilidades a las que accedió como jefe de grupo y de planta, igualmente resalta que Indumil le coadyuvo en su formación profesional con el fin de conservarlo en el servicio.

También señaló que debía tenerse en cuenta que el primer contrato que tuvo fue de 6 meses y que este fue reemplazado por otro, el cual si bien tenía la literatura de 6 meses en 6 meses, ello nunca respondió a la verdad ni a la realidad de los 29 años de servicio siendo que el actor fue involucrado a unos proyectos de planificación estratégica a más de cuatro años tanto con la República de Sudáfrica como con el Estado de México para efectos de transferencia tecnológica para que se desarrollaran en Colombia unos armamentos los que no se podían desarrollar de 6 en 6 meses sin contar con el concurso completo del actor y que luego desempeñó cargos relevantes al interior de Indumil sin que se entendiera la razón por la que la fuerza profesional desplegada por 29 años de nada sirvió porque se quedó sin su empleo.

Así, solicita se haga primar la realidad sobre las formalidades ya que era insólito que el actor hubiese tenido 58 renovaciones consecutivas durante 29 años en los que el actor no estuvo pendiente ni preocupado de sus renovaciones de 6 en 6 meses, pues nunca tuvo eso en la cabeza siendo esa la realidad que se había querido hacer ver al despacho, destacando que todas esas normas y el mismo contrato deben desplazarse de todo análisis frente a la constitucionalidad de la relación laboral debiéndose producir un razonamiento en punto a que la verdad que gobernó siempre esa relación era que al actor se le tenía en la confianza de que tenía un verdadero contrato de trabajo término indefinido y no a 58 renovaciones de plazo presuntivo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si era viable establecer que entre las partes existió un contrato a término indefinido y si el mismo fue terminado sin justa causa.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial durante la relación laboral que sostuvo con Indumil y ii) que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo a término indefinido, ya que, pese a que se suscribió un primer contrato el 6 de febrero de 1989, este fue sustituido en su totalidad por el contrato denominado

contrato de trabajo a término indefinido No. 128, el cual se suscribió entre las partes el 6 de agosto de 1989.

Precisado lo anterior, resulta oportuno traer a colación los siguientes apartes del contrato de trabajo aludido como quiera que los mismos resultan relevantes para dirimir la controversia suscitada:

“(...)

- I. OBJETO DEL CONTRATO: La Industria Militar contrata los servicios personales del trabajador en el cargo de OPERARIO VII- 7 y éste se obliga a:
- A. A poner al servicio de la Industria Militar su capacidad normal de trabajo, en forma exclusiva, en el desempeño de las funciones correspondientes al cargo mencionado y en las labores anexas y complementarias del mismo, de conformidad con las órdenes e instrucciones que le impartan el Patrono o sus representantes.
 - B. A no prestar directa ni indirectamente servicios laborales en relación con su profesión u oficio a otras Entidades o personas, mientras subsista el presente contrato, sin autorización del patrono.
 - C. A laborar en el lugar de trabajo que determine la Empresa, pudiendo ésta trasladar al trabajador a aquellos sitios en que por razón de las funciones que cumple la Entidad, se requieren los servicios del trabajador.
 - D. A responder por los elementos de trabajo que la Industria Militar le haya encomendado para el cumplimiento del contrato.
- II. REMUNERACION: La Industria Militar pagará al trabajador la suma de CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA PÁSCOS (\$ 41.750.00)- por la prestación de sus servicios, la cual cubrirá por mensualidades vencidas.

(...)

- V. DURACION DEL CONTRATO: El presente contrato se considera celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno y se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, de seis (6) meses, por el sólo hecho de continuar prestando el trabajador sus servicios al Patrono con el consentimiento expreso o tácito de éste después de la expiración del plazo presuntivo.
- VI. CLAUSULA DE RESERVA: No obstante lo anterior, las partes se reservan expresamente la facultad de dar por terminado el contrato en cualquier tiempo, mediante previo aviso dado por escrito al otro contratante con una anticipación no inferior al período regulador de pagos de salarios de conformidad con el artículo 50 del Decreto No. 2127 de 1945. Podrá prescindirse del preaviso pagando a la otra parte los salarios correspondientes a dicho lapso.

(...)”

Ahora bien, teniendo claro que el actor era trabajador oficial y analizado el contrato que rigió la relación laboral, se advierte que el mismo fue expedido en concordancia con las normas

que regulan el contrato de trabajo de ese tipo de trabajadores, a saber, los artículos 40, 43, 47 y 50 del Decreto 2127 de 1945, compilados en los artículos 2.2.30.6.4 (contrato indefinido), 2.2.30.6.7 (prórroga del contrato), 2.2.30.6.11 (terminación del contrato) y 2.2.30.6.14 (reserva de la facultad de terminar el contrato) del Decreto 1083 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”*.

De las anteriores normas se desprende que los contratos celebrados por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno se entenderían pactados por 6 meses (salvo que se tratase de un contrato de aprendizaje o a prueba) y serían prorrogados de 6 meses en 6 meses por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al empleador con su consentimiento, expreso o tácito después de la expiración del plazo presuntivo y señalándose que para terminar unilateralmente el contrato de trabajo se debía enviar aviso escrito con una anterioridad no inferior al periodo que regulara el pago del salario.

Ahora bien, como se observa de las normas en cuestión resulta evidente la aplicabilidad de la figura del plazo presuntivo, señalándose por nuestro órgano de cierre, en sentencia como la SL2717-2018, que el simple señalamiento en el contrato de trabajo de un término indefinido, no tiene la vocación de alterar o eliminar el plazo presuntivo establecido legalmente pues para ello se requería que las partes dejaran sentada su voluntad de eliminar el plazo presuntivo, a través

de cláusulas claras, expresas y entendibles, procediendo a reiterar su doctrina en los siguientes términos:

“(...) la Corte debe reiterar que su doctrina en torno al punto abordado en los cargos, desde el punto de vista jurídico, se concreta en que: i) la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales; ii) por ello, cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se diga que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses; iii) y dicha figura puede ser excluida a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la de existencia de un término indefinido.”

De conformidad con el precedente citado resulta claro que en este caso era dable considerar que el contrato a término indefinido suscrito entre las partes debía entenderse celebrado por periodos de 6 meses, siéndole aplicable entonces la figura del plazo presuntivo, aspecto frente al que en todo caso no existía duda considerando lo estipulado en la cláusula 5 del contrato “duración del contrato”, siendo esta la realidad de las condiciones de la vinculación que sostuvo el actor con la demandada pues además de lo anterior no se observa acuerdo expreso alguno suscrito entre las partes que tuviera como fin excluir la figura del plazo presuntivo para el demandante, por lo que atendiendo el criterio jurisprudencial citado se tiene que para el actor esta tiene plena vigencia.

En esa medida, estando pactado el contrato conforme a las normas legales que rigen el asunto no habría lugar a determinar una afectación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas y mucho menos a una inconstitucionalidad de la norma pues la jurisdicción ordinaria laboral prevé para trabajadores privados y oficiales distintas tipologías de contrato y formas de terminación

considerando que no existe una estabilidad laboral absoluta en el empleo.

Atendiendo los anteriores lineamientos y encontrando que el contrato de trabajo suscrito entre las partes, inició el 6 de febrero de 1989 y se prorrogó consecutivamente de 6 en 6 meses, se tiene que la última prórroga acaeció entre el 6 de agosto de 2017 y el 5 de febrero de 2018, advirtiéndose que al actor se le notificó por escrito en comunicación del 22 de noviembre de 2017, el vencimiento del término pactado y por ende la intención de no prorrogar el contrato y dar lugar a su terminación a partir del 5 de febrero de 2018, esto es, con una anterioridad no inferior al periodo de pago del salario (mensual), cumpliendo las previsiones legales para poder dar por terminado el contrato conforme a la expiración del plazo presuntivo, verificándose así la terminación del contrato por una forma legal que no acarrea indemnización alguna.

Así las cosas, al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios se observa que la misma, se ajusta a la realidad procesal y por tanto se procederá a conformar la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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:

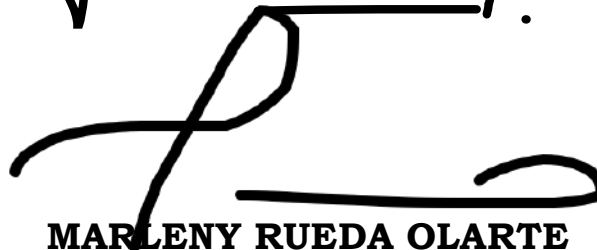
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la

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


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE
ALCIBIADES ARIAS HERNANDEZ CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 018 2019 00783 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.110.497.079 y tarjeta profesional No. 247.584 del Consejo Superior de la Judicatura como

apoderado de la demanda Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de agosto de 2021. La sentencia impugnada absolvió de la totalidad de las pretensiones y el recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y se acceda a la reliquidación de la pensión, al pago del retroactivo desde la fecha señalada y al pago de los intereses moratorios.

En esta instancia se allegaron alegatos por las partes. En su escrito el apoderado de la parte actora, solicitó la revocatoria de la decisión con fundamento en que la Ley 797 de 2003, no establecía la obligación de desafiliación del Sistema Pensional, incluso en el artículo 4º expresa que la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima, también reiteró que se le adeudaba un retroactivo desde el 10 de marzo hasta el 30 de junio de 2018, que se generaban intereses moratorios e indexación sobre las sumas adeudadas y finalmente destacó que no desconocía, la labor del Juez de Primera Instancia al abordar juiciosamente el estudio de los extremos laborales para defender los intereses de la Administradora pero sorprendía el desconocimiento en su

sentencia, de la verdadera tasa de reemplazo que le correspondía a su representado, pues si con 1300 semanas se obtenía una tasa de reemplazo del 65%, al aplicar el 1.5 por cada cincuenta semanas de más cotizadas sobre el mínimo requerido, tenemos que de las 1.544 semanas que declaró como cotizadas el Juez de Primera Instancia, se proyecta sumar 6 puntos a la tasa del 65% y esta resulta en 71%, un valor superior al 70.54%.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones, solicitó confirmar la decisión en la medida que para la liquidación de la mesada del actor (último acto administrativo), se tuvieron en cuenta las semanas cotizadas correspondientes a 1539 y los factores salariales determinados en los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, artículo 1 del Decreto 1158 de 1994, procediendo a la liquidación que dio como resultado, IBL: $\$1.506.848 \times 70.54 = \$1, 062,931$ y en lo que correspondía a la causación y disfrute de la pensión de vejez, precisó que para determinar la fecha a partir de la cual se debe reconocer la prestación debía tenerse en cuenta que por remisión expresa del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, se aplicaría lo previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establecen que es necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la pensión.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se condenara a la demandada al ajuste de las cotizaciones que

estaban en mora de parte de sus empleadores y de la tasa de reemplazo de su pensión teniendo en cuenta el IBL establecido en la resolución No. Sub 255410 de 2018 (\$1.506.848), así como al pago del retroactivo de la pensión de vejez a partir del 10 de marzo de 2018, al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación de las sumas, a 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 nació el 10 de marzo de 1956; que los empleadores: Promociones Temporales, Tempoacción Ltda., Tempo servicios s.a. y Alianza Témporal Ltda., presentan carencias de aportes en los periodos registrados en el cuadro detallado en la demanda; que Colpensiones omitió el cobro coactivo de los aportes en mora; que mediante Resolución No. Sub – 161567 del 19 de junio de 2018, Colpensiones le reconoció pensión de vejez, con IBL \$1.505.000, tasa de reemplazo 67,54% a partir del 1° de julio de 2018; que la carencia de los aportes reclamados impide el incremento en la tasa de reemplazo; que cotizó más de las semanas mínimas exigidas buscando mejorar el monto de su mesada pensional; que mediante resoluciones No. Sub 255410 del 27 de septiembre de 2018, se reconoció la pensión de vejez con IBL de \$1.506.848 tasa de reemplazo del 69.04% a partir del 1° de julio de 2018 y Sub 135503 del 30 de mayo de 2019, se reconoció pensión de vejez con IBL de \$1.506.848 tasa de reemplazo del 70,54% a partir del 1° de julio de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en lo siguiente: i) frente al reconocimiento y pago del retroactivo pensional reclamado entre el 10 de marzo de 2018 y el 1° de julio de 2018, debía tenerse en cuenta que el mismo correspondía a 110 días de retroactivo, toda vez que de acuerdo a las reglas de efectividad de la Circular interna 24 de 2018 y teniendo en cuenta que para la fecha de expedición de la Resolución No. SUB 161567 del 19 de junio del 2018, el solicitante no presentaba novedad retiro en el sistema de seguridad social, su reconocimiento se debió efectuar a corte de nómina, es decir, a partir del julio de 2018; ii) que el actor había cotizado 1554 semanas y tenía derecho al reajuste de tasa de reemplazo conforme a Resolución SUB 255410 de 2018 y iii) respecto al ajuste de las semanas de cotización, correspondientes a 4,29, debía tenerse en cuenta que los aportes generados por los empleadores correspondían a los debidamente identificados en la historia laboral del actor y la documental que reposa en expediente administrativo.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación de la causa por pasiva, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni

indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de agosto de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia del derecho y por ende se absuelve a Colpensiones de las pretensiones planteadas en el escrito de demanda conforme se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: en caso de no ser objeto del recurso apelación la presente decisión remítase el expediente al honorable Tribunal Superior de Bogotá SALA laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló frente a la solicitud de retroactivo pensional que el artículo 13 del acuerdo 049 establece como requisitos para el disfrute de la pensión de vejez la desafiliación al sistema presupuesto que mantuvo vigencia aún después de la promulgación de la ley 100 de 1993, en ese orden, señaló que el actor para la fecha en que solicitó la pensión aún no reportaba la novedad de retiro ni tampoco podía entenderse una desafiliación tácita por cuanto efectuó cotizaciones hasta el 30 de junio de 2018 (1539,43 semanas) y aunque la historia laboral reportaba 1554,57 semanas, estas no podían tenerse en cuenta, siendo que la diferencia fue cotizada posteriormente a adquirir el estatus de pensionado entre septiembre y diciembre de 2018,

concluyendo así que en marzo del 2018 cuando el demandante completo los requisitos para obtener la pensión de vejez y elevó solicitud no atendía con los presupuestos legales para entrar a disfrutar de la prestación como quiera que continuaba cotizando al sistema pues solo hasta julio del 2018 el demandante dejó de efectuar aportes y por ello la demandada procedió a conceder la prestación de vejez desde el 1° de julio del 2018, precisando que las cotizaciones realizadas desde septiembre a diciembre era imposible tenerlas en cuenta por cuanto la pensión se liquidó con el último aporte previo a su disfrute.

En lo que respecta a las deficiencias en las cotizaciones de los empleadores, señaló que verificadas las pruebas allegadas podía colegirse que existían dos grupos de cotización una donde Colpensiones tomó en cuenta la totalidad de días reportados por el empleador y otro grupo en el que la demandada contabilizó menos días a los que enunció el empleador, frente al primer grupo advirtió que dentro del expediente no existe prueba siquiera sumaria que acredite que el demandante laboró los 30 días de esos meses y respecto del segundo grupo encontró que se debía tener en cuenta el tiempo completo reportado por el empleador de 30 días para los períodos: septiembre de 1999, julio del 2001, agosto del 2001, mayo del 2003, septiembre del 2003, octubre del 2003, octubre del 2005, mayo del 2006 y julio del 2006, teniendo en cuenta el tiempo faltante se tiene que el señor José Alcides cotizo un total de 1544,86 semanas lo que generaba una tasa de reemplazo del 70,54%, por lo que la mesada pensional no cambiaba ya que si bien se tuvieron 38 días adicionales es

decir 5,42 semanas más, una vez aplicada la fórmula prevista en el artículo 34 la misma no modifica la tasa de reemplazo por cuanto no completo 300 semanas adicionales a las 1300 por lo que no les suman 1.5% adicional al 6% sobre el 64,5%.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, lo siguiente:

Que el reconocimiento pensional debió efectuarse partir del 10 de marzo de 2018, fecha en que cumplió la edad y superó las 1300 semanas bajo el presupuesto de la causación del derecho así Colpensiones lo hubiese reconocido a partir del 1° de julio de 2018, pues si bien era cierto que jurisprudencialmente se había hablado del retiro del sistema esto era un problema meramente formal que no podía menoscabar el ejercicio del derecho a la causación del derecho que era inalienable a partir del momento en que se cumplen los requisitos por lo que debió haberse pagado esa retroactividad; que Colpensiones había manifestado que las semanas que se cotizaron después de la fecha en que se reconoció el derecho deberían devolverse al afiliado sin embargo en ninguna de las Resoluciones se ha manifestado tal devolución por lo que se estaría frente a un enriquecimiento sin causa ya que no contabiliza las semanas adicionales pero tampoco las devuelve entonces sí sería del caso que se ventilara esa circunstancia y que en cuanto al

incremento de la tasa de reemplazo era evidente que desde el momento del reconocimiento de la prestación se habían efectuado dos reajustes porque Colpensiones no hizo las liquidaciones debidamente sin que se reconociera la corrección monetaria ni los intereses moratorios y que debía hacerse la revisión minuciosa de lo que estaba aprobado en las semanas de cotización pues en su criterio estas sobrepasaban las 1550 semanas a efectos de aplicar el 7,5 que se había solicitado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resulta procedente el reajuste de la mesada pensional con una densidad de semanas superior y una tasa de reemplazo mayor a la tenida en cuenta el último acto administrativo emitido por Colpensiones y si es viable el reconocimiento del retroactivo pensional desde el 10 de marzo de 2018.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el actor nació el 10 de marzo de 1956 y por tanto cumplió los 62 años el 10 de marzo de 2018; ii) que Colpensiones mediante Resolución Sub 161567 del 19 de junio de 2018, reconoció pensión de vejez al actor bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 (modificada por la Ley 797 de 2003), teniendo en cuenta 1443 semanas cotizadas, en cuantía inicial de \$1.016.477 a partir del 1° de julio de 2018; iii) que posteriormente mediante Resolución

Sub No. 255410 del 27 de septiembre de 2018 se reliquido la pensión teniendo en cuenta un total de 1452 semanas cotizadas, reconociendo la mesada pensional en cuantía de \$1.040.328 a partir del 1° de julio de 2018 y iv) que subsiguientemente mediante Resolución No. Sub 135503 del 30 de mayo de 2019, se reliquidó nuevamente la mesada pensional teniendo en cuenta 1539 semanas cotizadas, reconociendo la mesada pensional en cuantía de \$1.062.931 a partir del 1° de julio de 2018.

Con la precisión anterior, se abordará el análisis del primer reparo presentado por el recurrente relacionado con la fecha a partir de la cual debió efectuarse el reconocimiento pensional del actor pues sobre esta se cimienta el retroactivo reclamado siendo que se aduce que la pensión debió haber sido reconocida a partir del 10 de marzo de 2018, por haber cumplido para esa fecha el requisito de edad y semanas.

Frente a este asunto conviene recordar que la norma que regula la causación y disfrute de la pensión de vejez es el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, independiente a que esta norma no haya sido bajo la cual se haya efectuado el reconocimiento de la prestación y sin que se entienda derogada por la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como quiera que el artículo 31 de la mencionada ley dejó vigentes las disposiciones regulatorias de los seguros de invalidez, vejez y muerte, así se tiene que la norma en comento señala:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.
La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será

necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

Igualmente, se trata de un criterio reiterado por nuestro órgano de cierre la necesidad de la desafiliación del sistema para el reconocimiento pensional, precisándose en sentencia SL281-2020 que ésta no puede deducirse del cumplimiento de los requisitos pensionales “(...) pues el afiliado cuenta con la posibilidad de seguir cotizando, toda vez que esos aportes adicionales pueden tener como propósito completar el requisito de semanas exigido para adquirir el derecho o incrementar el monto pensional cuya cuantía queda determinada en el momento de dicha causación” y que la voluntad de desafiliación puede manifestarse de diversas maneras y no simplemente con la novedad de retiro.

En ese orden de ideas, resulta claro que es necesaria la desafiliación del sistema para poder proceder con el reconocimiento pensional debiéndose para ello desplegar actos tendientes a evidenciar la voluntad de desafiliación a Colpensiones, lo que en este caso, coligió el a quo de la solicitud de reconocimiento de la prestación presentada por el actor y del hecho de haber dejado de efectuar cotizaciones a partir del 30 de junio de 2018 (ver reportes de semanas cotizadas por el empleador del 20 y 28 de febrero de 2019 y del 3 de marzo de 2021), aspecto que no fue objeto de controversia en la medida que lo que se cuestiona por el recurrente es que al cumplirse los requisitos para la pensión el derecho se causaban partir de ahí debía efectuarse el reconocimiento pensional aspecto que no es cierto como se detalló en precedencia.

En lo que tiene que ver con la devolución de las semanas que se cotizaron después de la fecha en que se causó el derecho se alude por el recurrente que se estaría frente a un enriquecimiento sin causa ya que Colpensiones no contabilizaba las semanas adicionales, pero tampoco las devolvía solicitando efectuar pronunciamiento sobre el particular.

Frente a la imposibilidad de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad al reconocimiento pensional conviene recordar que el otorgamiento de la pensión acaeció por cuenta de la solicitud que presentó el demandante ante Colpensiones y situaciones desplegadas en la cotización que conducían a ello, por lo que una vez otorgado el reconocimiento pensional no era factible tenerlas en cuenta para una reliquidación tal y como se señaló por el a quo.

Tratándose de la devolución de tales cotizaciones debe indicarse que esta petición se expuso por el recurrente en la alzada es decir que no se planteó en el libelo introductorio ni tampoco fue objeto de la fijación del litigio, por lo que no podría entrar a realizarse pronunciamiento pues no fue objeto de discusión dentro del proceso y hacerlo vulneraría el debido proceso, debiéndose en este punto mencionar que si bien nuestro órgano de cierre en sentencia SL2266-2022, se pronunció respecto del principio de consonancia señalando que el Tribunal debía circunscribir su análisis a las materias de la apelación, no se estaba limitado a la literalidad de las reclamaciones sino a la fundamentación y demostración que

se hiciera sobre estas y que en todo caso las mismas debían estar en congruencia con lo pedido, controvertido y acreditado en el proceso.

En lo que respecta a la solicitud de verificación de las cotizaciones efectuados por los empleadores en la medida que en su criterio se superan las 1550 semanas de cotización, se considera que al parecer ello resulta del hecho de considerar las cotizaciones adicionales efectuadas luego de haber adquirido el estatus pensional, que ya se indicaron no podían tenerse en cuenta, pues frente a la verificación que se adelantó por la juzgadora de primera instancia respecto a cada periodo no manifestó inconformidad alguna ni puntualizo alguna inconsistencia en estos, es más cuando, solicitó al despacho se precisara el aumento en las semanas que la deficiencia encontrada generaba (38 días equivalentes a 5,42 semanas) nada se expuso sobre el particular y en los alegatos lo que reprocha es que no se aplicó tasa de reemplazo del 71%.

En ese orden, verificado el acumulado de semanas del actor correspondientes a 1544 semanas, se tiene que tal y como lo señaló el a quo dicho aumento no genera modificación frente a la tasa de reemplazo, pues esta es la misma dentro del rango de cotizaciones de 1500 a 1549, la cual considerando la aplicación de la formula dispuesta en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, genera una tasa de reemplazo equivalente al 70,54% y no de 71% como se pretende por el recurrente en sus alegatos, debiéndose precisar frente a ello que la tasa de reemplazo que según este

correspondía a 65%, varía pues al aplicar la fórmula queda en 64,54%, como se aprecia a continuación:

$$R= 65,5 - (1,92^{1*} 0,5)$$
$$R= 65,5 - 0,96$$
$$R= 64,54$$

Luego, se procede a verificar el aumento en la tasa de reemplazo conforme se establece en la norma por cada 50 semanas cotizadas adicionales a las 1300:

Semanas cotizadas		% aumento	Tasa reemplazo
Desde	Hasta		
1300	1349	N/A	64,54%
1350	1399	1,5%	66,04%
1400	1449	1,5%	67,54%
1450	1499	1,5%	69,04%
1500	1549	1,5%	70,54%

Como se advierte la fórmula introduce un incremento decreciente cuando el IBL es superior al SMMLV, por lo que en este caso no era acertado señalar que la tasa de reemplazo empezaba para el actor en 65%, ya que como se expuso antes al aplicar la formula del articulo 34 de la Ley 100 de 1993, esta se establece es en 64,54%, a los que se aplicó un incremento del 6% considerando las semanas extras cotizadas a las mínimas requeridas, lo cual se ajusta a la liquidación de la mesada pensional efectuada en la Resolución No. Sub 135503 del 30 de mayo de 2019.

Finalmente, en lo que tiene ver con los intereses moratorios, se indica por el recurrente que la demandada en

¹ No. de SMMLV en IBL “\$1.506.848”.

2 ocasiones ha efectuado reajustes de su mesada pensional sin el reconocimiento de los respectivos intereses moratorios, frente al tema debe tenerse en cuenta que nuestro máximo órgano de cierre, viene adoctrinando desde la expedición de la sentencia SL3130-2020, que los intereses moratorios *“(...) tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva.”*, en dicha sentencia también se mencionó que se mantiene vigente el carácter resarcitorio de los intereses mas no sancionatorio y que tratándose de saldos o reajustes de la pensión los intereses debían liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, esto es, sin tener en cuenta la totalidad de la mesada pensional.

Colorario de lo anterior y siendo claro que en el caso del actor se ha reajustado en 2 ocasiones la prestación de vejez y toda vez que el actor reclamó el pago del reajuste pensional desde el 16 de agosto de 2018 y posteriormente el 19 de febrero de 2019, se tiene que no habían transcurrido 3 años para la fecha de presentación de la demanda (lo cual acaeció el 12 de noviembre de 2019), por lo que los intereses moratorios no estaban afectados por la excepción de prescripción formulada por la demandada.

Así mismo y atendiendo a que la primera solicitud de reajuste se presentó el 16 de agosto de 2018 y los intereses

moratorios de la pensión de vejez, se causan una vez vencido el término de 4 meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación conforme al término que concede el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se tiene entonces que los intereses correrán sobre el valor de las diferencias pensionales que acarrearón los reajustes, a partir del 16 de diciembre de 2018 y hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago de la mesada reajustada y el retroactivo contemplado en la Resolución No. Sub 135503 del 30 de mayo de 2019.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de agosto de 2021, para en su lugar ordenar el pago de intereses moratorios sobre el valor de las diferencias pensionales que acarrearón los reajustes, los que correrán a partir del 16 de diciembre de 2018 y hasta la fecha en que se hizo efectivo el pago ordenado en la Resolución No. Sub 135503 del 30 de mayo de 2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva, los cuales se liquidarán con la tasa efectiva al momento del pago.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones formuladas por el demandante señor JOSÉ ALCIBÍADES ARIAS HERNÁNDEZ.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CANDELARIA
AMADOR HERNANDEZ CONTRA UNIDAD DE GESTIÓN
PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP**

RADICADO: 11001 3105 018 2019 00783 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de octubre de 2021. La sentencia impugnada ordenó el reconocimiento y pago de la pensión sanción contemplada en la Ley 171 de 1961 en 14

mesadas anuales. El recurso de apelación de la parte actora tiene por objeto la actualización de la mesada pensional considerando la formula establecida por la Corte Suprema de Justicia pero teniendo en cuenta como IPC Final e IPC inicial los generados al 31 de diciembre de la anualidad anterior y al pago de los intereses moratorios y el de la pasiva tiene por objeto la revocatoria de la decisión como quiera que esta se causo en vigencia de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación proporcional de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 2 de febrero de 2012 en 14 mesadas anuales debidamente indexadas, al pago de los intereses moratorios generados, a las costas y agencias en derecho y los derechos ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que se vinculó con la Caja de Cedrito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1973 hasta el 15 de noviembre de 1991; que entre ella y la Caja aludida se decidió terminar el contrato por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991; que prestó sus servicios a la caja por más de 18 años, que el cargo desempeñado fue el revisor grado 4 y que el ultimo salario mensual promedio devengado ascendió a \$209.622.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y señalando que no le constaba el resto. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que para acceder al derecho a la pensión proporcional por retiro voluntario se requería que el extrabajador hubiese cumplido con el requisito de edad antes del 1° de abril de 1994 y para dicha fecha solo contaba con 42 años por lo que no cumplía con los requisitos exigidos por la norma para acceder a la prestación deprecada. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de octubre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar a CANDELARIA AMADOR HERNANDEZ la pensión sanción establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, a partir del 2 de febrero de 2012, en cuantía inicial de \$1.172.143,21, en catorce mesadas anuales, junto con los correspondientes aumentos legales anuales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a indexar las mesadas adeudadas, desde el momento de su exigibilidad y hasta que se produzca el pago.

TERCERO: TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar el retroactivo pensional por la suma de \$99.603.995,4 debidamente indexado.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción como se dijo en la parte motiva.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada UGPP. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

AUTORIZAR a la demandada a descontar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la decisión, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal superior de Bogotá en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que la actora laboró un total de 18 años dos meses y 29 días ante la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 16 de agosto de 1973 hasta el 15 de noviembre de 1991 y que el contrato laboral se dio por terminado por mutuo acuerdo entre las partes, por lo que cumplió el requisito del tiempo de servicios superior a 15 años exigido en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, así como también el de los 60 años de edad el 2 de febrero de 2012, por lo que era procedente el reconocimiento pensional.

Así, procedió a liquidar la pensión considerando el salario promedio mensual devengado en el último año de servicios que ascendía a \$209.206 según certificación aportada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el que debía actualizarse con fundamento en el IPC y la formula establecida por la C.S.J., S.C.L, considerando como IPC Final: feb 2012 (77,22) y como IPC Inicial: noviembre 1991 (9,57) generando un valor actualizado de \$1.688.237 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 69.43% correspondiente a la proporción de acuerdo con el tiempo servido frente a la plena pensión de jubilación, arrojando como resultado una mesada inicial de \$1.172.143,21 para el año 2012, la que ordenó cancelar en 14 mesadas anuales como quiera que la

misma se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Sin embargo, indicó que las mesadas pensionales se vieron afectadas por el fenómeno de la prescripción siendo totalmente exigibles las causadas a partir de julio del año 2017, generando un retroactivo pensional por valor de \$99.603.995. Frente a los intereses moratorios precisó que los mismos no eran procedentes dada la fecha de causación de la pensión (noviembre de 1991) y lo cierto era que estos solo operaban respecto de las pensiones concedidas bajo el amparo de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación parcial a efectos que se modificara la sentencia con fundamento en lo siguiente:

Que se debía verificar la liquidación de la prestación en lo que tiene que ver con la indexación de la primera mesada pensional en la medida que el IPC Final que se debió aplicar era correspondiente al 31 de diciembre de 2011 y el IPC Inicial era el correspondiente al 31 de diciembre de 1990, siendo por ello que los porcentajes no concordaban aunque hace la salvedad que la tasa de reemplazo a aplicar si correspondía al 68,44% y en lo relativo a los intereses moratorios debía tenerse en cuenta que la magistrada de la C.S.J., S.C.L., Clara Cecilia Dueñas, había sentado que estos aplicaban para todas

las pensiones legales y la pensión bajo análisis era de ese tipo por lo que eran procedentes.

Por su parte, el apoderado de la pasiva interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, lo siguiente:

Que para la fecha en que la actora cumplió los requisitos para la pensión pretendida no se encontraba vigente la ley 171 1961, pues a partir del primero de abril de 1994, entró en vigencia la Ley 100 de 1993, con la cual se creó el sistema de Seguridad Social integral, derogando las normas anteriores en las que se crearon derechos referentes a la Seguridad Social, de manera que no eran procedentes las pretensiones de la demanda pues para el 1° de abril de 1994 no se tenía el total de cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley 171 de 1961 como lo eran 60 años de edad que para el caso en particular la parte demandante solo los cumplió hasta el año 2012, fecha para la cual la Ley 100 de 1993, contaba con pleno vigor, sin que se pudiera pasar por alto lo indicado en el acto legislativo 01 de 2005, relativo a que el derecho a disfrutar de una pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella.

V. 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 las materias de la apelación y en consecuencia

determinará si resulta si resulta procedente el reconocimiento y pago de la prestación que reclama a la luz de la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969 a cargo de la UGPP.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que la actora prestó sus servicios para la Caja de Cedrito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo el cual tuvo vigencia durante el periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1973 hasta el 15 de noviembre de 1991; ii) que el salario promedio mensual devengado en el ultimo año de servicios ascendió a \$209.206 y iii) que la desvinculación de la demandante de la Caja se dio por mutuo acuerdo a partir del 15 de noviembre de 1991, conforme se acreditó con las documentales allegadas y por no tratarse de hechos controvertidos por las partes.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, contempla la pensión restringida de jubilación en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 8°._ *El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se

liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.

PARÁGRAFO._ Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a los trabajadores ligados por contrato de trabajo con la administración pública o con los establecimientos públicos descentralizados, en los mismos casos allí previstos y con referencia a la respectiva pensión plena de jubilación oficial Artículo 9o._ Los valores lícitamente recibidos por el titular de la pensión como anticipos y pagos definitivos de cesantía o préstamos autorizados sobre la misma, podrán ser deducidos del monto de la pensión en cuotas hasta del (5%) de cada mensualidad que no exceda de \$500.00, o hasta del 10% si excede de \$500.00 sin pasar \$1.000.00, o hasta del 20% cuando el valor de la pensión mensual pase de \$1.000. Con todo, cuando la jubilación ocurra después de un tiempo de servicio mayor de 20 años, el trabajador recibirá, además de la pensión, la cesantía que corresponda al tiempo excedente.”

No sobra señalar que la anterior disposición mantuvo su vigencia en el sector público del Orden Nacional hasta el 31 de marzo de 1994 toda vez que a partir del 1° de abril de 1994 empezó a regir el Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones, y a partir de junio de 1995 para el sector oficial departamental y municipal.

Así, el parágrafo 1° del artículo 133 de la Ley 100 de 1993 señaló que *“Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.”*

Teniendo en cuenta las anteriores premisas normativas, la Sala considera pertinente advertir entonces que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, quedaron derogados al entrar a regir el Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, y particularmente su artículo 133, cuyo parágrafo 1° no permite abrigar duda en cuanto a que dicha norma que regula la

pensión sanción, cobija a los trabajadores del sector privado y expresamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales, de suerte que al terminar la relación laboral existente entre la Caja y la actora el **15 de noviembre del año de 1991**, la prestación solicitada debía dilucidarse a la luz de la ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se reprocha por la demandada que la edad se cumplió en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que acarrearía que la prestación debería ser resuelta conforme a dicha normativa en tanto que el acto legislativo 01 de 2005 establece que el derecho a disfrutar de una pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella.

Sobre el particular, resulta oportuno destacar que la pensión de jubilación por retiro voluntario nace a la vida jurídica con la acreditación del tiempo de servicios y el retiro del trabajador, ya que la edad, no es elemento esencial para el surgimiento del derecho, sino que tan solo constituye un requisito de exigibilidad del pago la prestación, criterio que ha sido reiterado de vieja data por nuestro órgano de cierre y frente al que recientemente se ha pronunciado en sentencia SL019-2022, en los siguientes términos:

“(…)

En ese orden, debe memorarse que esta Sala de la Corte, en innumerables providencias ha indicado que, cuando se trata de determinar el acceso a una pensión, la regla general es que, la norma aplicable es la vigente al momento en que se causa el derecho; y en el evento de las pensiones restringidas de jubilación por retiro voluntario, las mismas se consolidan cuando se acrediten los requisitos concernientes al tiempo de servicios y el retiro, en

tanto el arribo a la edad solo constituye una condición que permite su exigibilidad (Ver sentencia CSJ SL12422-2017).

Entonces, según los precedentes enunciados y la situación fáctica de la actora, sin duda la señora Candelaria Amador Hernández, tiene derecho a la pensión restringida de jubilación como se determinó por el a quo en 14 mesadas anuales como quiera que la prestación se causó con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Teniendo claro lo anterior debe memorarse que en criterio de las altas cortes la indexación de la primera mesada se produce cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder a la prestación cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que, con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento pues habría perdido poder adquisitivo.

Es así como para liquidar la indexación de la primera mesada pensional, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que debe aplicarse la siguiente formula: **VA = VH x IPC Final /IPC Inicial**, en donde: **VA** corresponde al valor actualizado; **VH** (valor histórico), corresponde al último salario promedio mes devengado; **IPC FINAL** es el índice de precios al consumidor de la última anualidad anterior a la fecha de pensión e **IPC INICIAL** es el índice de precios al consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador, por lo que le asiste razón al recurrente y se precederá a efectuar la liquidación considerando como IPC Final: Dic-2011 y al IPC Inicial: Dic-1990.

En forma previa a entrar a analizar la liquidación debe recordarse que aunque el derecho a la pensión no prescribe si prescriben las mesadas pensionales y en esa medida como en este caso se presentó reclamación ante la UGPP el 1° de julio de 2020, con ello se interrumpió el término de prescripción, siendo que la demanda se presentó el 24 de agosto de 2020, razón por la cual las mesadas no afectadas por la prescripción fueron las causadas a partir del 1° de julio de 2017, tal y como se señaló por el a quo.

Así, se procede a efectuar las operaciones aritméticas, debiéndose precisar que revisada la tasa de reemplazo y establecer la proporcionalidad a la que nos direcciona el inciso tercero del artículo 8 de la ley 171 de 1961 (artículo 260 del CST), se parte del 75% por 20 años de servicio, por lo que aplicando la regla de tres, se obtiene que para 19 años y 90 días de servicio, la tasa correspondería a 68,4375% y no al 69,43% expuesta por el aquo, lo que es coincidente con lo expuesto por la parte actora en su recurso.

En esa medida al efectuar la liquidación considerando los lineamientos antes señalados, se obtuvo lo siguiente:

Indexación Primera Mesada Pensional						
Año Inicial	Año final	Salario Promedio	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario actualizado
1991	2012	\$ 209.206,00	7,650	76,190	9,959	\$ 2.083.582,37

Primera Mesada Pensional		
Ingreso Base Liquidación		\$ 2.083.582,37
Porcentaje aplicado		68,4375%
Primera mesada		\$ 1.425.951,69
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2012	\$ 566.700,00

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.425.952,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.460.745,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.489.083,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.543.583,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.648.084,00	0,00	\$ 0,0
01/07/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.742.849,00	7,00	\$ 12.199.943,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.814.132,00	14,00	\$ 25.397.848,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.871.821,00	14,00	\$ 26.205.494,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.942.950,00	14,00	\$ 27.201.300,0
01/01/21	31/10/21	1,61%	\$ 1.974.231,00	11,00	\$ 21.716.541,0
Total retroactivo				\$ 112.721.126,00	

En ese orden, se advierte que la el valor de la primera mesada pensional difiere frente a la determinada por el aquo por lo que se modificara la decisión en el entendido que la primera mesada pensional correspondía a \$1.425.951,69 generando así un retroactivo pensional por valor de \$112.721.126

Finalmente, en lo que tiene que ver con los intereses moratorios debe tenerse en cuenta que nuestro máximo órgano de cierre, viene adoctrinando desde la expedición de la sentencia SL3130-2020, que los intereses moratorios “(...) tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva.” igualmente, se tiene que en sentencia SL-1681-2020, se indicó que “la Sala abandona su criterio jurisprudencial anterior y, en su lugar, postula que los intereses

moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones”, razón por la cual como la prestación de la actora fue reconocida en vigencia de la Ley 100 de 1993 y se trata de una pensión legal tiene derecho al reconocimiento de los intereses.

Colorario de lo anterior y toda vez que la actora presentó reclamación ante la UGPP el 1° de julio de 2020 y los intereses moratorios de la pensión de vejez, se causan una vez vencido el término de 4 meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación conforme al término que concede el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se tiene entonces que los intereses correrán sobre cada una de las mesadas pensionales causadas partir del 1° de noviembre de 2020 y hasta la fecha en que se efectuó el pago, por lo que así se ordenará.

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: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de octubre de 2021, en el entendido que el

valor de la mesada pensional de la señora Candelaria Amador Hernández para el 2 de febrero de 2012 ascendía a la suma de \$1.425.951,69.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de octubre de 2021, en el entendido que el valor del retroactivo que debe reconocer y pagar la demandada a la demandante asciende a \$112.721.126.

TERCERO: CONDENAR a la demandada UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP a pagar a la demandante señora CANDELARIA AMADOR HERNANDEZ, los intereses moratorios causados sobre cada una de las mesadas pensionales a partir del 1° de noviembre de 2020 y hasta la fecha en que se verifique el pago, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

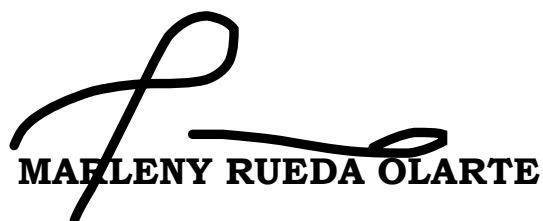
CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES VINCULADO LUIS CARLOS ESTRADA MOGOLLON

RADICADO: 11001 3105 008 2016 00342 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre de 2021 y a revisarla la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia impugnada ordenó el pago a Electricaribe S.A. E.S.P. del retroactivo pensional generado entre el 15 de marzo de 2008 al 31 de agosto de 2013 del señor Luis Carlos Estrada Mogollón pues en virtud de la compartibilidad pensional tal retroactivo le correspondía y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la sentencia y por tanto se absuelva de las condenas.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de Colpensiones en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia para solicitar la revocatoria de la decisión y además trajo a colación precedentes de la Corte Constitucional en los que establecía que el pensionado que se hubiese beneficiado con lo pagado en exceso, no podría conservar dichos dineros indebidamente recibidos.

I. ANTECEDENTES

Electricaribe formuló demanda con el objeto que se declarara que era parte interesada en el trámite de la pensión de vejez del señor Luis Carlos Estrada Mogollón, que la demandada tenía la obligación de reconocerle la pensión de

vejez al señor Estrada Mogollón desde la fecha en que adquirió el derecho a la prestación, esto era, desde el 15 de marzo de 2008, en aplicación del régimen de transición, en consecuencia, se condenara a Colpensiones a reconocer al señor Estrada Mogollón la pensión de vejez en cuantía inicial de \$2.193.485, junto con el retroactivo generado desde la fecha en que este adquirió la pensión hasta el 31 de julio de 2013 por valor de \$169.360.547 junto al pago de los intereses moratorios sobre este, a la indexación de las sumas y al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el señor Luis Carlos Estrada Mogollón nació el 16 de marzo de 1948, por lo que cumplió 60 años de edad el 16 de marzo de 2008; que mediante oficio No. 011180 del 45 de noviembre de 1994, le reconoció pensión de jubilación convencional al señor Estrada Mogollón a partir del 28 de noviembre de 1994; que luego de pensionado el mencionado señor continuó efectuando aportes al ISS con la finalidad de compartir la pensión de jubilación con la que le reconociera el ISS; que mediante Resolución GNR 196686 del 31 de julio de 2013, Colpensiones reconoció al señor Estrada Mogollón la pensión de vejez en aplicación del Régimen de Transición en cuantía inicial de \$2.640.930 a partir del 1° de agosto de 2013 y que el 29 de febrero de 2016, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez atendiendo a la figura de la compartibilidad pensional sin que se hubiese obtenido respuesta alguna.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y refiriendo que no le constaban otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no se tenía derecho por carecer de sustento fáctico y jurídico y además porque no se habían cumplido los requisitos legales, especialmente lo consagrado en la Ley 797 de 2003, señalando que el giro del retroactivo procedía cuando: a) el documento por medio del cual se reconocía la pensión por el empleador permitía establecer que la pensión tenía el carácter de compartida; b) que el documento por medio del cual se reconocía la pensión por el empleador establecía que el mayor valor que se llegare a generar estaría a cargo del empleador; c) que el documento por medio del cual se reconocía la pensión por el empleador establece que el giro del retroactivo que se llegare a generar sería a favor del empleador; d) que exista manifestación expresa por parte del empleador en la que se establezca alguna de las anteriores circunstancias y e) que exista autorización por parte del trabajador del giro del retroactivo a favor del empleador. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, buena fe e innominada o genérica.

Mediante auto 25 de enero de 2021, se indicó que no se encontraba integrado el contradictorio en debida forma dado que la demanda estaba interpuesta en contra de Colpensiones y el señor Luis Carlos Estrada Mogollón, ordenando a Electricaribe S.A. E.S.P la notificación de este último.

El señor Luis Carlos Estrada Mogollón, mediante apoderado judicial contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que los fundamentos facticos y documentación probatoria no estaban encaminados a buscar el reconocimiento de su pensión de vejez ni tampoco se perseguía el desconocimiento del acto administrativo del reconocimiento pensional señalando que ninguna responsabilidad le atañía ya que lo pretendido era ajeno a actuación alguna desplegada por su representado. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación pretendida en la demanda y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de septiembre de 2021, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante ELECTRICARIBE S.A. E.S.P. la suma de \$169.360.547 por concepto de retroactivo pensional generado entre el 15 de marzo de 2008 al 31 de agosto de 2013, suma debidamente indexada al momento del pago conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia . Lo anterior no significa que Colpensiones no pueda adelantar acciones tendientes a obtener el recobro de las sumas ya canceladas por el mismo retroactivo.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: DECLARAR DE OFICIO la excepción de COSA JUZGADA PARCIAL.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DE INTERESES MORATORIOS y NO PROBADAS las excepciones de prescripción y cobro de lo no debido. El despacho se releva del estudio de los demás medios exceptivos.

QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

SEXTO: En caso de no ser apelada y como quiera que fue adversa a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, enviar

el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que en virtud de fallo judicial se reconoció la prestación de vejez al señor Luis Carlos Estrada Mogollón, a partir del 15 de marzo del 2008 en cuantía de \$2.289.565,44 con las respectivas mesadas adicionales y al pago de intereses moratorios por lo que en el ejercicio comparativo entre las pretensiones 1, 2 y 3 declarativas y la 1 condenatoria y los aspectos sometidos a consideración en la providencia emitida por el juez sexto laboral del circuito de Barranquilla, se configuraba la excepción de cosa juzgada, la que procedió a declarar de oficio.

Acto seguido procedió a efectuar análisis de la compartibilidad pensional señalando que la compartibilidad de la pensión extralegal fue viable desde el 17 de octubre de 1985 y como quiera que la pensión de jubilación convencional fue reconocida al señor Estrada Mogollón en fecha posterior (28 de noviembre de 1994) existía la posibilidad de compartir la pensión sin que se acreditara acuerdo en contrario suscrito entre las partes, procediendo a verificar si Electricaribe canceló valores más allá de los que estaban a su cargo y que debían ser objeto de reintegro, encontrando que la referida empresa canceló al señor Luis Carlos Estrada la mesada pensional de manera completa entre enero de 1999 a agosto de 2013 y que a partir del mes de septiembre del 2013 comenzó a pagar solo el mayor valor concluyendo que al poder ser compartida a pensión resultaba procedente la aspiración de la entidad demandante siendo claro que a partir del 15 de

marzo del 2008 fecha para la cual el señor Luis Carlos Estrada adquirió el estatus de pensionado solo tenía la obligación de pagar el mayor valor sin embargo continúa efectuando los pagos al pensionado hasta la data de inclusión en nómina.

Finalmente, aludió que en este caso no podría acogerse el argumento expuesto por la pasiva relacionada con la ausencia de documento que expresara en favor de quién debía efectuarse el reconocimiento de retroactivo pensional por cuanto no se trata de una cesión de derechos del afiliado pues el retroactivo propiamente no le pertenece al afiliado sino a quien giro sin tener el deber de hacerlo y que como Colpensiones no se realizó pronunciamiento alguno respecto del doble pago y no existía pretensión incoada en contra del pensionado, accediendo así a las suplicas de la demanda en lo relacionado con el retroactivo siendo que este no estaba afectado por el fenómeno de la prescripción ya que la obligación se hizo exigible desde que la entidad tuvo conocimiento del reconocimiento del derecho pensional al señor Luis Carlos Estrada (septiembre de 2013) y en vista que el 29 de febrero de 2016 la empresa accionante presentó reclamación del retroactivo, es decir, dentro de los 3 años previstos en la normatividad aplicable, no estaba afectada por el fenómeno de la prescripción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia

sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, lo siguiente:

Que si bien Electricaribe no presentó ninguna pretensión en contra del señor Luis Carlos Estrada y en su momento Colpensiones en la contestación de la demanda no presentó excepciones o no presentó eventualmente una demanda de reconvencción en contra del señor Estrada Mogollón, debía tenerse en cuenta que en materia laboral se contaba con las facultades ultra y extra petita que le hubiese permitido emitir un pronunciamiento frente a situaciones que fueron discutidas y probadas dentro del proceso las que eventualmente le hubiesen permitido al despacho tomar otra decisión ya que estaba acreditado por parte de Colpensiones que el señor Luis Carlos Estrada Mogollón recibió efectivamente el pago de mesadas pensionales desde el 15 de marzo del 2008 hasta agosto del 2013.

Igualmente, destacó que si bien se efectuó un pago indebido porque el retroactivo no correspondía al señor Luis Carlos Estrada Mogollón era un pago válido en la medida en que se realizó y se efectuó en cumplimiento a un fallo judicial que no solo se emitió dentro de un proceso ordinario sino que posteriormente tuvo una orden ejecutiva de pago que conllevó el embargo de cuentas bancarias debiéndose tener en cuenta la mala fe con la que actuó el señor Estrada Mogollón en ese proceso porque no hizo mención alguna al reconocimiento de la pensión convencional que había hecho el empleador Electricaribe, lo que eventualmente hubiese podido conllevar a una situación de compatibilidad pensional pero no se hizo

alusión a esa situación dentro del proceso ordinario que se llevó a cabo en el juzgado de Barranquilla ni se vinculó a Electricaribe como parte interesada en las resultas del proceso, resultando extraño además que la demandante a partir de septiembre de 2013, realizó el pago del mayor valor pero hasta febrero del 2016 el reconocimiento pensional y la compatibilidad pensional.

V. 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 las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resulta procedente efectuar el reconocimiento y pago del retroactivo pensional generado entre el 15 de marzo del 2008 hasta agosto del 2013 del señor Luis Carlos Estrada Mogollón en favor de Electricaribe S.A. E.S.P.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) Que el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla en sentencia del 22 de abril de 2010 condenó al ISS a reconocer y pagar la pensión de vejez al señor Luis Carlos Estrada Mogollón a partir del 15 de marzo de 2008 en cuantía de \$2.289.565,44 con las mesadas adicionales e incrementos legales a las que hubiere lugar y al reconocimiento de intereses moratorios; ii) que el mencionado despacho en audiencia del 4 de mayo de 2010, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva a favor del señor Luis Carlos Estrada Mogollón en la suma de \$84.740.396; iii) que Colpensiones procedió a pagar la prestación y los

intereses moratorios con títulos judiciales No. 416010001407794 del 11 de mayo de 2010 (\$84.740.396) y 416010001430295 del 22 de junio de 2010 (\$17.079.732) y iv) que Colpensiones mediante Resolución GNR 196686 del 31 de julio de 2013, reconoció pensión de vejez al señor Luis Carlos Estrada Mogollón con efectividad del 1° de agosto de 2013, en cuantía inicial de \$2.640.930.

Teniendo claro lo anterior, debe precisarse que la Ley 90 de 1946, introdujo un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, que en antes estaba radicado en cabeza de los empleadores y en la medida en que se fue ampliando la cobertura a las distintas zonas de la geografía Colombiana, las mismas serían asumidas por el Instituto de Seguros Sociales, pues eso es lo que desprende del artículo 72 de la citada norma, en cuanto dispuso “las prestaciones reglamentadas en esta Ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso...”.

Precisamente, una de esas prestaciones consagradas en la Ley a favor de los trabajadores era la denominada pensión de jubilación, que inicialmente se contempló en la Ley 6 de 1945 y que posteriormente tuvo modificaciones introducidas entre otros en los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, la cual era susceptible de ser subrogada por el Instituto de Seguros Sociales a través de la pensión de vejez, cuando dicha entidad de seguridad social reconociera la misma y en consecuencia

empiece a cancelarla por haber reunido el afiliado los requisitos para el efecto.

Lo anterior por cuanto, en atención a lo dispuesto en los propios reglamentos del ISS, esto es los artículos 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966 en concordancia con el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 28769 del mismo año y artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de 1990, respecto de trabajadores afiliados al Instituto de Seguros Sociales y que llevaran 10 años o más de servicio cuando dicha entidad de seguridad social comenzó a asumir el riesgo de vejez, se tenía que quien debía asumir el pago de la pensión era el empleador hasta tanto se cumpliera con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, siendo de cuenta de aquel únicamente el mayor valor si lo hubiere.

De lo que resulta claro que de vieja data se venía aplicando la compartibilidad de las pensiones legales, contemplándose como una especie de mecanismo de transición para la asunción de los riesgos que venían siendo reconocidos directamente por el empleador hacia la subrogación definitiva en la entidad de seguridad social.

Ahora bien, tratándose de pensiones extralegales, tales como pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente la ley reguló la forma como operaría la subrogación de las mismas a partir del 17 de octubre de 1985, según se desprende de lo señalado en el Acuerdo 029 de 1985 aprobado

por el Decreto 2879 de ese año y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

En ese orden de ideas y como quiera que la pensión reconocida al señor Luis Carlos Estrada Mogollón, le fue otorgada por la Electrificadora del Atlántico S.A., en comunicación de fecha de 4 de noviembre de 1994, en los siguientes términos *“(...) La empresa ha aceptado concederle la jubilación plena, por haber demostrado que ha cumplido los requisitos de tiempo de servicio y edad para tener derecho al plan pactado en la Convención Colectiva de Trabajo”*, resulta evidente que la misma era susceptible de ser compartida con la pensión de vejez otorgada por el ISS hoy Colpensiones y en consecuencia Electricaribe solo estaría obligada al pago del mayor valor que se generara entre la pensión de jubilación reconocida por ésta y la que le reconociera el ISS hoy Colpensiones.

Ahora bien, se aduce por el recurrente que aunque efectuó un pago indebido porque el retroactivo no correspondía al señor Luis Carlos Estrada Mogollón era un pago válido en la medida se efectuó en cumplimiento a un fallo judicial que no solo se emitió dentro de un proceso ordinario sino que posteriormente tuvo una orden ejecutiva de pago, al respecto debe indicarse que verificadas las documentales allegadas y especialmente el expediente administrativo aportado por Colpensiones, no se evidenció documento alguno del que se pudiera colegir que el ISS hoy Colpensiones tuviera conocimiento que la demandante reconoció pensión de jubilación al señor Estrada Mogollón y que tenía la intención

de compartir la misma con la prestación a cargo del ISS, situación que tampoco fue advertida o evidenciada en el trámite judicial adelantado respecto del reconocimiento pensional por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Barranquilla.

Tampoco puede pasarse por alto que en la comunicación de reconocimiento pensional efectuada por la Electrificadora del Atlántico S.A. al señor Estrada Mogollón, de fecha 4 de noviembre de 1994, nada se indica respecto a la posibilidad de compartibilidad de la pensión, advirtiéndose de lo señalado en la certificación de Retribuciones y Compensaciones de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., que al parecer esto se dispuso fue en la Convención Colectiva de Trabajo, pues en dicho documento se indicó *“Que de conformidad con las normas vigentes y la Convención Colectiva de Trabajo, la pensión de jubilación se compartió el Instituto de Seguros Sociales a partir del 1° de septiembre de 2013 (...)”*, no obstante, no se allegó Convención Colectiva de Trabajo alguna, a efectos de establecer lo que al respecto se contemplaba.

De igual forma, no puede pasar desapercibido que la misma certificación antes mencionada establece que la pensión de jubilación se compartió con la del ISS a partir del 1° de septiembre de 2013, no obstante, Electricaribe presentó reclamación solo hasta el 29 de febrero de 2016.

Como se advierte, existe una inactividad de todos los involucrados pues el caudal probatorio evidencia que no se

intercambió la información necesaria para que se efectuara el ajuste pensional pertinente ni el beneficiario dio aviso al empleador sobre el reconocimiento pensional realizado en su favor por el ISS, frente al tema resulta pertinente lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T-1117 de 2003, en donde al analizar un caso similar señaló:

“(…)

De esta manera, (i) cuando una persona que está percibiendo de su ex empleador la pensión de jubilación y, posteriormente, comienza a recibir el pago de la pensión de vejez que el ISS u otra entidad de seguridad social le ha reconocido, comunica a su ex empleador de esta nueva situación, estará obrando conforme al principio de buena fe a que se hizo mención, permitiendo que sean las entidades obligadas al pago, quienes determinen, según el ordenamiento vigente, si es posible la acumulación de las dos pensiones, si se trata de una misma pensión compartida por dos entidades, o si se ha producido la subrogación.

Si el beneficiario (ii) guarda silencio en relación con la situación antes descrita y calladamente percibe de manera completa ambas prestaciones por un período de meses o de años, no podríamos presumir por este simple hecho que ha obrado de mala fe, pues como beneficiario puede estar plenamente convencido que tiene derecho a percibir de manera completa ambas prestaciones. De hecho, en el caso de pensiones compartidas no existe precepto legal que obligue al beneficiario de las pensiones a informar a su ex empleador o a la entidad de seguridad social correspondiente, acerca del segundo reconocimiento o del pago que está recibiendo de otra entidad. Con todo, se trataría de un comportamiento ajeno al que debe asumir una persona proba frente a sus iguales y frente al Estado, el silencio que acompaña su actuación, puede poner en duda la presunción de buena fe a la cual se hizo mención.

En una tercera hipótesis, (iii) si de manera expresa el ex empleador manifiesta al beneficiario de una prestación a su cargo, que deberá informarle del futuro reconocimiento pensional que le haga una entidad de seguridad social y el beneficiario de todos modos guarda silencio cuando dicha situación se produce, se podrá entender que hay una conducta contraria a la buena fe, y que el interés del particular es desconocer el postulado constitucional contenido en el artículo 95 de la Carta, referente al respeto de los derechos ajenos y a la prohibición de no abusar de los propios.

No obstante, lo anterior, tanto al empleador que reconoció inicialmente la pensión de jubilación, como a la entidad de seguridad social que posteriormente reconozca la pensión de vejez, les corresponde asumir una conducta diligente que permita un intercambio adecuado de información, de manera tal que aseguren el reconocimiento y pago oportuno y completo de las prestaciones a su cargo, así como la definición precisa del monto de la parte de la mesada pensional a que están obligados.

(…)

Cuando las entidades responsables del pago de las mesadas pensionales no han intercambiado la información necesaria para ajustar sus obligaciones pensionales a lo legalmente debido, ni han sido informadas por

el beneficiario de la situación, y se ha producido un pago de lo no debido, tampoco puede el beneficiario apropiarse de lo que ha sido pagado en exceso. La recuperación de los dineros pagados en exceso, podrá hacerse por los mecanismos legales y judiciales existentes. Al definir la forma como tales montos deben ser devueltos, la entidad deberá evaluar la buena o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado, entre otros criterios encaminados a no desconocer el derecho al mínimo vital del beneficiario.

(...)”.

De conformidad con la sentencia citada, se tiene que cuando se han pagado mesadas pensionales en exceso el beneficiario de la pensión compartida es quien debe devolver lo pagado, debiéndose tener en cuenta para definir la forma en que éstas serían devueltas, la buena o mala fe del beneficiario, su situación económica, la esperanza de vida y el monto total de lo reclamado.

En este punto debe precisarse que efectuada la revisión del proceso se advierte que la demanda se formuló inicialmente en contra de Colpensiones tal y como da cuenta el auto admisorio de la demanda y es con posterioridad en el auto de fecha 25 de enero de 2021, que se determinó por el a quo que la demanda estaba dirigida no solo contra Colpensiones sino también respecto del señor Luis Carlos Estrada Mogollón, no obstante y pese a que por tal vinculación este contesta la demanda se advierte que ninguna de las pretensiones de la demanda estaba dirigida al señor Estrada Mogollón, situación que impide establecer alguna condena en su contra a pesar que conforme al criterio constitucional es el verdadero obligado a devolver las mesadas pagadas en exceso, especialmente por cuanto de lo establecido en el artículo 50 del CPTSS las facultades ultra y extra petita solo proceden

cuando las reclamaciones son efectuadas por quien tiene la condición de trabajador.

En ese orden de ideas y bajo las anteriores consideraciones se procederá a revocar la decisión del juzgador de primera instancia y en consecuencia se absolverá a los demandados de las pretensiones incoadas en su contra.

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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de septiembre de 2021, para en su lugar **ABSOLVER** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE MIGUEL
RAMOS ESPEJO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 005 2020 00072 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de octubre de 2021. La sentencia impugnada declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió de todas y cada una de

las pretensiones formuladas. El recurso de apelación tiene por objeto se revoque la decisión y se acceda a la reliquidación de la mesada pensional y al pago del incremento por cónyuge/compañera a cargo.

En esta instancia se allegaron alegatos por Colpensiones quien reitero los argumentos expuestos en el trámite de instancia destacando que no se observa solicitud alguna ante Colpensiones, en relación con la reliquidación pensional y que era válido indicar que la reclamación administrativa constituía un presupuesto de procedibilidad de la acción y significaba que el juez no adquiriría competencia para tramitar el proceso mientras no se hubiese surtido dicha reclamación y frente al incremento del 14% no se cumplieran los presupuestos para su reconocimiento.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se condenara a la demandada a la reliquidación de la pensión de vejez con todo lo devengado durante su vida laboral por tener mas de 1250 semanas cotizadas, al pago del incremento del 14% por cónyuge a cargo a partir del 2 de julio de 2014 (fecha de reconocimiento de la pensión) junto con el retroactivo causado, al pago de los intereses moratorios y a la indexación de las sumas

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que fue pensionado por Colpensiones mediante resolución No. GNR 244199 del 2014, a partir del 2

de julio de 2014; que está casado con la señora Cecilia Casallas de Ramos desde hacía 50 años y que mediante oficios del 25 de noviembre de 2014 y 26 de enero de 2016, se negó el incremento y la reliquidación solicitada respectivamente.

Mediante auto del 19 de agosto de 2020 (fl. 26 expediente digital), se inadmitió la demanda y se concedió el término de 5 días hábiles para que se acreditara el agotamiento de la reclamación administrativa correspondiente a la reliquidación pensional. Posteriormente, mediante proveído del 16 de diciembre de 2020 (fl. 28 expediente digital), se indicó que como la parte actora no acreditó el agotamiento de la reclamación administrativa sobre la reliquidación pensional admitió la demanda solo respecto del incremento del 14% por persona a cargo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y señalando que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que frente a la reliquidación de la pensión de vejez no se había agotado la reclamación administrativa señalada en el artículo 6 del CPTSS y frente al 14% que no se estructuraban los presupuestos para su prosperidad, siendo que los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, desaparecieron de la vida jurídica con la expedición de la Ley 100 de 1993, argumento que encontraba sustento en lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU140-2019, en donde la Corte precisó que los incrementos

pensionales fueron derogados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe, prescripción de los incrementos pensionales, inexistencia de intereses moratorios e indexación, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de octubre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SIN COSTAS

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor del demandante.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que Colpensiones mediante Resolución No. GNR 244190 del 9 de julio de 2014, le reconoció una pensión por aportes al demandante teniendo en cuenta que tenía aportes en el sector público y además tenía cotizaciones al entonces ISS, señalando que el fundamento jurídico del reconocimiento pensional no fue el acuerdo 049 de 1990 sino la Ley 71 de 1988, por lo que partiendo de esa base no se podía solicitar un incremento que no contemplaba dicha normativa ya que estos se contemplaban en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 y en gracia de discusión la Corte Constitucional

en todo caso en sentencia SU - 140 señaló que los incrementos habían quedado drogados por la vigencia de la ley 100 de 1993.

En cuanto a la reliquidación de la mesada pensional, se indicó que no se discutía que en la historia laboral que obraba en el expediente administrativo se advertía que el actor contaba con aportes al sector publico de 786 semanas y en el ISS 536 semanas para un total de 1276 semanas, acto seguido, indicó que no se desconocía la sentencia SL1981-2020 (procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado con o sin cotización al ISS), a partir de la cual se sentó una jurisprudencia no unánime ni pacífica sino mayoritaria, no obstante, se apartaba de la misma atendiendo lo expuesto en los salvamentos de voto.

Así, destacó que se podría aceptar esa acumulación si se estuviera frente a un reconocimiento pensional y así evitar que fuera nugatorio el derecho pero no tratándose de reliquidaciones lo que sería un aprovechamiento irregular del sistema señalando que en todo caso y en gracia de discusión se aplicara considerando lo expuesto en el acto administrativo del reconocimiento pensional se advertía que en la liquidación se tuvo en cuenta toda la vida laboral obteniéndose unos IBL que al aplicársele las tasas respectivas no eran superiores al SMMLV, por lo que así se aplicara el criterio al aplicarse la tasa de reemplazo igualmente sería inferior al SMMLV, por lo que tampoco habría lugar a la reliquidación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que se debía revisar la liquidación teniendo en cuenta toda la vida laboral pero en lo que trabajo como empleado público, ya que los valores y los aportes que se hizo a esa entidad no eran los que en realidad cotizó al Seguro Social en esa época, como bono pensional y cuota parte pensional el distrito tenía la obligación de haberle cotizado al actor sobre lo que él devengaba en ese momento que era superior a casi 3 SMMLV, por lo que la reliquidación si se presentaba con toda la vida laboral para poder tener en cuenta los tiempos públicos y privados; que si la C.S.J.,S.C.L., permitía el reconocimiento pensional por vía del Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta tiempos públicos y privados, también se permitía la reliquidación de la pensión conforme a dicha norma siendo beneficiario de una tasa de reemplazo del 85% y que también se tendría derecho al incremento del 14% contemplados en los artículos 21 y 22 de la normativa aludida, siendo que la señora del actor no era pensionada y convivía con este desde hacía 50 años, dependiendo exclusivamente de este.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala

estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si era viable efectuar la reliquidación de la pensión por aportes reconocida al actor conforme a la Ley 71 de 1988, atendiendo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y el reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo.

En primer lugar, debe indicarse que si bien la demanda se admitió solo respecto del incremento pensional del 14%, no puede perderse de vista que en la audiencia de que trata el art. 77 del CPTSS en la etapa de excepciones previas, señaló que a pesar de la determinación efectuada en el auto admisorio ante la evidencia encontraba en el expediente administrativo allegado por Colpensiones respecto a que si se había agotado la reclamación administrativa de la reliquidación de la pensión, determinó que si era viable tal pretensión y luego en la fijación del litigio señaló que se analizaría la reliquidación solicitada y el incremento pensional, sin que tales decisiones fuera recurridas por la demandada.

Igualmente, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que el actor era beneficiario del régimen de transición; ii) que entre tiempos de servicios públicos y los aportados en el sector privado reunió 1276 semanas cotizadas; iii) que por medio de la Resolución n.º GNR 244199 del 2 de julio de 2014, Colpensiones reconoció al actor la pensión de jubilación por aportes conforme a la Ley 71 de 1988, en cuantía inicial de 433.700 y a partir del 1º de septiembre de 2007.

Precisado lo anterior y dado que el problema jurídico se centra en establecer si resulta viable efectuar la reliquidación de las pensiones de vejez a las que les sea aplicable el Acuerdo 049 de 1990 por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta las semanas efectivamente cotizadas al ISS y los tiempos laborados a entidades públicas, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL2557-2020, al analizar un caso parecido determinó que el criterio jurisprudencial que permitía la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado también era aplicable a la reliquidación de la pensión en los siguientes términos:

“(…)

En sede de casación no se discute que: (i) la accionante es beneficiaria del régimen de transición; (ii) entre tiempos de servicios públicos y aportados en el sector privado reunió 1445 semanas, y (iii) por medio de la Resolución n.º 5240 de 3 de marzo del 2004, el ISS reconoció a la actora la pensión de jubilación por aportes conforme a la Ley 71 de 1988, la cual empezó a disfrutar en julio de 2006.

(…)

Así, la Sala debe resolver si el Tribunal incurrió en un error jurídico al determinar que el Acuerdo 049 de 1990 no permite acumular los tiempos de servicios públicos cotizados a otras cajas o fondos, con los efectivamente aportados al ISS.

Pues bien, en recientes pronunciamientos la Corte cambió de criterio jurisprudencial y estableció que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020). Precisamente, en la primera referida, la Corporación explicó:

(…)

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión.

(...)”.

Considerando que la anterior premisa jurisprudencial permite la reliquidación de la pensión de vejez bajo el criterio señalado y toda vez que no existe controversia en que la sumatoria de tiempos públicos y privados arroja un total de 1276,29 semanas cotizadas, siendo que en tiempos públicos acredita un total de 786,14 semanas cotizadas y 532,86 semanas cotizadas ante el ISS, se procede a efectuar el análisis pertinente conforme a la normativa reclamada.

Así, verificado el artículo 20 del Decreto 758 de 1990¹, se advierte que el mismo establece lo siguiente:

“Artículo 20. Integración de las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(...)

I. Pensión de Vejez:

a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

Parágrafo 1° El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

Parágrafo 2° La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

¹Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

PORCENTAJE DE PENSION SOBRE SALARIO MENSUAL DE BASE

Número semanas	% Inv. P. total	% Inv. P. absoluta	% Gran Inv.	Vejez
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.”

Atendiendo lo señalando en la norma antes citada y como en este caso el actor acreditaba más de 1250 semanas cotizadas, se tiene que la tasa de reemplazo aplicable en el caso abajo análisis correspondería al 90% del IBL.

Ahora bien, se observa que uno de los reparos del actor gira en torno a que se debían revisar los aportes efectuados como empleado público puesto que los aportes realizados por el Distrito no eran los que en realidad se cotizaron, toda vez que dicha corporación tenía la obligación de haberle cotizado sobre lo que él actor devengaba en ese momento que era superior a casi 3 salarios mínimos, al respecto debe indicarse que revisado el libelo demandatario no se aprecia que se hubiese contemplado solicitud de reliquidación considerando factores salariales o salarios dejados de cotizar, por lo que atendiendo el principio de congruencia, el cual conforme a lo expuesto en sentencia SL5290-2021, corresponde a “(...) la obligación que tiene el juez de adecuarse a las pretensiones y

hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes” y toda vez que esto tampoco fue debatido dentro del proceso, no es posible abordar su estudio.

Considerando lo antes mencionado se tendrá en cuenta los salarios reportados en la historia Laboral y en las certificaciones de salarios mes a mes expedidas por la Unidad Administrativa Especial de rehabilitación y mantenimiento vial obrantes en el expediente administrativo allegado por la demandada se procederá a establecer el valor de la primera mesada pensional atendiendo lo expuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Así se solicitó apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la pensión, determinando lo siguiente:

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1964	326	0,060	61,33	1022,167	\$ 478,33	\$ 488.934,30	\$ 5.313.086,04
1965	365	0,070	61,33	876,143	\$ 537,30	\$ 470.755,16	\$ 5.727.521,09
1966	365	0,080	61,33	766,625	\$ 608,82	\$ 466.738,10	\$ 5.678.646,92
1967	365	0,090	61,33	681,444	\$ 730,59	\$ 497.853,98	\$ 6.057.223,38
1968	366	0,100	61,33	613,300	\$ 845,23	\$ 518.378,59	\$ 6.324.218,76
1969	365	0,100	61,33	613,300	\$ 948,35	\$ 581.620,11	\$ 7.076.378,06
1970	365	0,110	61,33	557,545	\$ 1.004,56	\$ 560.085,72	\$ 6.814.376,30
1971	365	0,120	61,33	511,083	\$ 1.095,88	\$ 560.085,72	\$ 6.814.376,30
1972	366	0,140	61,33	438,071	\$ 1.220,55	\$ 534.686,53	\$ 6.523.175,62
1973	365	0,160	61,33	383,313	\$ 1.430,73	\$ 548.417,27	\$ 6.672.410,13
1974	365	0,190	61,33	322,789	\$ 1.674,26	\$ 540.433,59	\$ 6.575.275,38
1975	365	0,250	61,33	245,320	\$ 2.039,55	\$ 500.343,25	\$ 6.087.509,49
1976	366	0,290	61,33	211,483	\$ 2.593,66	\$ 548.514,63	\$ 6.691.878,44
1977	365	0,360	61,33	170,361	\$ 3.104,99	\$ 528.969,85	\$ 6.435.799,84
1978	35	0,470	61,33	130,489	\$ 3.545,11	\$ 462.599,70	\$ 539.699,65
1979	349	0,560	61,33	109,518	\$ 4.410,00	\$ 482.973,75	\$ 5.618.594,63
1980	366	0,720	61,33	85,181	\$ 4.410,00	\$ 375.646,25	\$ 4.582.884,25
1981	365	0,900	61,33	68,144	\$ 5.790,00	\$ 394.556,33	\$ 4.800.435,39
1982	365	1,140	61,33	53,798	\$ 7.470,00	\$ 401.872,89	\$ 4.889.453,55
1983	365	1,410	61,33	43,496	\$ 9.480,00	\$ 412.346,38	\$ 5.016.880,99
1984	57	1,650	61,33	37,170	\$ 11.850,00	\$ 440.460,91	\$ 836.875,73
1986	258	2,380	61,33	25,769	\$ 17.790,00	\$ 458.428,87	\$ 3.942.488,24
1988	311	3,580	61,33	17,131	\$ 25.530,00	\$ 437.361,70	\$ 4.533.983,00
1989	365	4,580	61,33	13,391	\$ 39.310,00	\$ 526.393,52	\$ 6.404.454,44
1990	365	5,780	61,33	10,611	\$ 47.370,00	\$ 502.630,12	\$ 6.115.333,14
1991	316	7,650	61,33	8,017	\$ 54.630,00	\$ 437.968,35	\$ 4.613.266,65
1992	2	9,700	61,33	6,323	\$ 54.630,00	\$ 345.408,03	\$ 23.027,20
1995	95	18,250	61,33	3,361	\$ 221.980,74	\$ 745.976,91	\$ 2.362.260,21
1996	301	21,800	61,33	2,813	\$ 563.806,91	\$ 1.586.159,53	\$ 15.914.467,31
2001	60	43,270	61,33	1,417	\$ 572.000,00	\$ 810.740,93	\$ 1.621.481,86
Total días	9049				Total devengado actualizado a:	2007	\$ 160.607.461,98
Total semanas	1292,71				Ingreso Base Liquidación		\$ 532.459,26
Total Años	24,81				Porcentaje aplicado		90%
					Primera mesada		\$ 479.213,34
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2007	\$ 433.700,00

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1979	9	0,560	61,33	109,518	\$ 4.410,00	\$ 482.973,75	\$ 144.892,13
1980	366	0,720	61,33	85,181	\$ 4.410,00	\$ 375.646,25	\$ 4.582.884,25
1981	365	0,900	61,33	68,144	\$ 5.790,00	\$ 394.556,33	\$ 4.800.435,39
1982	365	1,140	61,33	53,798	\$ 7.470,00	\$ 401.872,89	\$ 4.889.453,55
1983	365	1,410	61,33	43,496	\$ 9.480,00	\$ 412.346,38	\$ 5.016.880,99
1984	57	1,650	61,33	37,170	\$ 11.850,00	\$ 440.460,91	\$ 836.875,73
1986	258	2,380	61,33	25,769	\$ 17.790,00	\$ 458.428,87	\$ 3.942.488,24
1988	311	3,580	61,33	17,131	\$ 25.530,00	\$ 437.361,70	\$ 4.533.983,00
1989	365	4,580	61,33	13,391	\$ 39.310,00	\$ 526.393,52	\$ 6.404.454,44
1990	365	5,780	61,33	10,611	\$ 47.370,00	\$ 502.630,12	\$ 6.115.333,14
1991	316	7,650	61,33	8,017	\$ 54.630,00	\$ 437.968,35	\$ 4.613.266,65
1992	2	9,700	61,33	6,323	\$ 54.630,00	\$ 345.408,03	\$ 23.027,20
1995	95	18,250	61,33	3,361	\$ 221.980,74	\$ 745.976,91	\$ 2.362.260,21
1996	301	21,800	61,33	2,813	\$ 563.806,91	\$ 1.586.159,53	\$ 15.914.467,31
2001	60	43,270	61,33	1,417	\$ 572.000,00	\$ 810.740,93	\$ 1.621.481,86
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2007	\$ 65.802.184,09
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 548.351,53
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 493.516,38
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2007					\$ 433.700,00

Como se observa, le resultaría mas favorable la liquidación considerando los últimos 10 años de vida laboral, arrojando una primera mesada pensional de \$493.516,38, la cual tuvo los siguientes incrementos legales:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 493.516,38
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 521.597,46
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 561.603,99
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 572.836,07
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 590.994,97
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 613.039,08
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 627.997,24
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 640.180,38
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 663.610,99
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 708.537,45
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 749.278,35
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00
01/01/21	30/09/21	1,61%	\$ 908.526,00

Ahora bien, en forma previa a establecer las diferencias a que hubiere lugar considerando que en la liquidación efectuada resultó superior la primera mesada pensional a la concedida por Colpensiones se analizara la excepción de prescripción formulada por la demandada, así verificado el expediente administrativo allegado por Colpensiones se advierte que en el mismo reposa la Resolución SUB 172879

del 28 de junio de 2018, en la que se resuelve una petición de reliquidación de la pensión de vejez, presentada por el actor el 19 de junio de 2018 y toda vez que la demanda se presentó el 4 de febrero de 2020, se tiene que las diferencias por mesadas anteriores al 19 de junio de 2015, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Se procede a efectuar el comparativo entre la mesada que viene pagando Colpensiones que es equivalente al SMMLV y la aquí reconocida, encontrando lo siguiente:

AÑO	MESADA PAGADA	MESADA RECONOCIDA	DIFERENCIA	NO. MESADAS	TOTAL
2015	\$ 644.350	\$ 663.611	\$ 19.261	7,52	\$ 144.800
2016	\$ 689.455	\$ 708.537	\$ 19.082	14	\$ 267.154
2017	\$ 737.717	\$ 749.278	\$ 11.561	14	\$ 161.859
2018	\$ 781.242	\$ 781.242	N/A	N/A	0
2019	\$ 828.116	\$ 828.116	N/A	N/A	0
2020	\$ 877.803	\$ 877.803	N/A	N/A	0
2021	\$ 908.526	\$ 908.526	N/A	N/A	0
TOTAL					\$ 573.814

Como se advierte existirían unas diferencias por reconocer causadas durante los años 2015, 2016 y 2017, pues a partir del año 2018, el incremento legal arrojaría una mesada inferior al SMMLV por lo que la misma se ajusto a este considerando la prohibición existente del reconocimiento pensional inferior a tal salario, en consecuencia, se revocara la decisión en el sentido de determinar que si procedía la reliquidación de la mesada pensional del demandante considerando como primera mesada pensional la suma de \$493.516,38 y condenando al pago de las siguientes diferencias: i) año 2015, la suma de \$144.800; ii) año 2016, la suma de \$267.154 y iii) año 2016, la suma de \$161.859

En lo que respecta a los incrementos pensionales debe traerse a colación lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en pronunciamiento reciente realizado en la sentencia No. SL1125-2021 radicación No. 9162, en donde se indicó:

“Debe resaltar la Sala que, sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo, la jurisprudencia ha venido discutiendo la viabilidad de reconocerlos con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, en favor de los pensionados a quienes se les reconoció la prestación económica con ocasión del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condiciones que acredita el recurrente, en razón a que no se discute la fuente normativa de la pensión que recibe, modo que tanto esta Sala como la Corte Constitucional, en sede de tutela rechazó su reconocimiento (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517; CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345; CSJ SL9592-2016 y CSJ SL1975-2018) o lo hizo si no se hubiera extinguido por prescripción (CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 27923) y finalmente en la sentencia CC SU140-2019, la última determinó su vocación de existencia únicamente para aquellas personas que adquirieron el derecho pensional antes de la vigencia de la referida ley de seguridad social, en los siguientes términos:

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

3.2.4 Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior (ver supra 3.1.2.- 3.1.4.) dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

3.2.5 Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

[...]

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

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

3.2.13. En efecto, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la vigencia de la Ley 100 –esto es, cuando se haya efectivamente cumplido con los requisitos para acceder a la pensión antes del 01 de abril de 1994- no puede predicarse la subsistencia de un derecho que no llegó siquiera a nacer a la vida jurídica. En otras palabras, el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 únicamente protegió las expectativas legítimas que pudieran tenerse para adquirir el derecho principal de pensión pues los derechos accesorios a éste –además de no tener el carácter de derechos pensionales por expresa disposición de la ley - no tuvieron efecto ultractivo alguno. Y si en gracia de discusión se admitiera que los referidos incrementos sí gozaban de dicha ultractividad, la expectativa de llegar a hacerse a ellos definitivamente desapareció para todos aquellos que no llegaron a efectivamente adquirirlos durante la vigencia del régimen anterior.

En consideración de lo anterior, no hay lugar al reconocimiento de esta prebenda, en la medida que, entiende la Sala, fueron derogados con el advenimiento de la Ley 100 de 1993 y sus efectos no subsistieron por transición, dado que el artículo 36 ibidem solo respetó lo relacionado con edad, tiempo y monto de pensión y nada dijo sobre este derecho accesorio a la pensión.

(...)”

De conformidad con el precedente citado se tiene que el que el derecho a los incrementos se mantuvo solo para aquellos pensionados que cumplieron los requisitos para adquirir el derecho pensional antes del 1º de abril de 1994, y toda vez que el demandante no se encuentra en la situación fáctica enunciada para conservar la vigencia al derecho de los incrementos pensionales siendo que el cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho a la pensión se

configuraron con posterioridad al 1° de abril de 1994, según se desprende de la resolución de reconocimiento pensional GNR 244199 del 2 de julio de 2014, no es posible acceder a lo solicitado.

En las dos instancias se condenará en costas a 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 la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor José Miguel Ramos Espejo tiene derecho a la reliquidación de su mesada pensional a partir del 1 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de \$493.516,38, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a pagar al demandante señor José Miguel Ramos Espejo, las siguientes diferencias pensionales:

- a) La suma de **\$144.800** por el año 2015, indexada al momento de su pago.
- b) La suma de **\$267.154** por el año 2016, indexada al momento de su pago.
- c) La suma de **\$161.859** por el año 2017, indexada al momento de su pago.

CUARTO: ABSOLVER a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones presentadas por el demandante señor JOSE MIGUEL RAMOS ESPEJO.

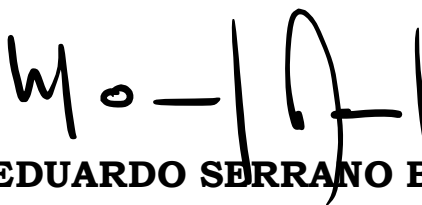
QUINTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000 y en primera instancia la suma de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BEATRIZ
YOLANDA LEITON MARTINEZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 020 2019 00923 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.140.467 y tarjeta profesional No. 199.923 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la

demanda Colfondos S.A. en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colfondos S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de julio de 2021. La sentencia impugnada condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en favor de la actora y al pago de intereses moratorios y el recurso de apelación tiene por objeto se revoque la decisión en la medida en que no se acreditó la condición de beneficiaria ya que con las pruebas allegadas y practicadas no se probó la convivencia de 5 años con el causante y los intereses moratorios no se generaban.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge del señor César Arturo Quintero Puerto, en consecuencia se condenara a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 18 de noviembre de 2018, junto con el retroactivo

pensional causado desde esa fecha debidamente indexado, a los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a 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 el señor César Arturo Quintero Puerto, falleció el 18 de noviembre de 2018; que contrajo matrimonio civil con el causante el 5 de diciembre de 2005; que convivieron en forma ininterrumpida y bajo el mismo techo, lecho y mesa por más de 14 años y que el causante cotizó más de las 50 semanas requeridas en los últimos 3 años.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su contestación radicó en que no se oponían a las pretensiones del reconocimiento pensional pues estaban a la espera que la justicia ordinaria dirimiera la controversia entre las versiones efectuadas por la actora y las hijas del afiliado fallecido que impiden certeza sobre la convivencia, siendo que el hecho de ostentar la calidad de esposa del afiliado no implicaba automáticamente la condición de beneficiaria de sobrevivencia pues debía demostrarse la convivencia efectiva hasta la fecha de fallecimiento del afiliado y que esta se presentó dentro del término exigido por la C.S.J., S.C.L., pero bajo este mismo fundamento se oponen al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, indexación

y costas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, innominada o genérica, pago y compensación, enriquecimiento sin causa, prescripción e incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de julio de 2021, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora BEATRIZ YOLANDA LEITON MARTÍNEZ, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes conforme lo dispone el Art. 47 de la L. 100 de 1993, modificado por el Art. 13 de la Ley 797 de 2003, con ocasión al fallecimiento del señor CÉSAR ARTURO QUINTERO PUERTO (q.e.p.d.) dada la acreditación de la convivencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., al reconocimiento y pago de la pensión a la señora BEATRIZ YOLANDA LEITON MARTÍNEZ, en calidad de cónyuge del fallecimiento señor CÉSAR ARTURO QUINTERO PUERTO, a partir del 18 de noviembre de 2018, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de ley.

TERCERO: CONDENAR a la AFP el reconocimiento y pago a favor de la demandante de los intereses de la art 141 de la ley 100 de 1993 por las mesadas pensionales causada a partir del 20 de agosto de 2019 y hasta que se efectúe su correspondiente cancelación o pago.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada AFP COLFONDOS S.A., de las demás pretensiones en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS y a favor de la demandante, incluyendo como agencias en derecho el valor de 2 SMLMV.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que el señor Cesar Arturo Quintero, dejó causado el derecho ya que acreditaba 149 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores al fallecimiento y que con la documental allegada junto con los testimonios recepcionados se acreditó la convivencia de 5 años exigida precisando que esto se acreditaba con las declaraciones del hijo de la actora y

de la compañera de trabajo María Silva Agudelo, quienes dieron cuenta que la pareja convivió hasta el fallecimiento, que compartían los gastos de la casa, que la casa fue comprada por la pareja y que la misma actualmente se estaba pagando, resaltando que si bien las declaraciones de Angie Paola Quintero y su hermana hijas del causante, contrarían lo afirmado por los otros testigos, debía tenerse en cuenta que estas no tenían una relación permanente y constante con su padre y no les constaba plenamente ya que no tenían un conocimiento directo de los hechos pues su dicho se cimentaba sobre lo que él mismo les dijera resaltando además contradicciones advertidas en la declaración de Angie Paola Quintero que le restaban credibilidad a su declaración.

Así, argumenta que las declaraciones mencionadas junto con documentos tales como las declaraciones extra juicio allegadas y copia del registro civil de matrimonio entre la pareja del 5 de diciembre de 2005, que estaba vigente al momento del deceso, daban cuenta de la convivencia entre la pareja desde que contrajeron matrimonio hasta la fecha del descenso, por lo que se reconocería la prestación reclamada.

Respecto a los intereses moratorios, indicó que se condenaría a los mismos por la mora en el reconocimiento pensional puntualizando que aunque no se allegó la reclamación pensional presentada ante Colfondos, si obraba respuesta de dicha administradora del 20 de febrero de 2019, por lo que los intereses moratorios se causarían a partir del 20 de agosto de 2019, teniendo en cuenta que conforme a la

ley la demandada tenía 4 meses para reconocer la pensión y 2 meses para hacer efectivo al derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones lo siguiente:

Que no se acreditó dentro del presente proceso que la actora tuviera la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivencia por cuanto no demostró que hubiese convivido con el causante hasta su muerte y por lo menos durante 5 años continuos tal y como se había expuesto en sentencia SL4751 y por la Corte Constitucional SU 149-2021, precisando que en el proceso no se acreditó la calidad de beneficiaria pues no había prueba documental que acredita el dicho de la demandante resaltando que la decisión se basó en unos testimonios que fueron practicados a favor de la parte demandante que no aportaron un argumento de mérito y por tanto la sentencia se basó en unos supuesto y unos dichos que no tenían soporte probatorio.

Así mencionó que los testimonios practicados en favor de la parte actora fueron dirigidos únicamente a favorecer los intereses de la demandante, como ocurría con el testimonio del señor Pedro Andrés por ser su hijo y la señora María Isabel quien solo tenía conocimiento por lo que le indicaba la demandante y por su parte, las testigos llamadas por

Colfondos, que eran las hijas del afiliado fallecido si conocían la vida del afiliado y la realidad de las cosas, quienes en sus voces dijeron que no había una relación entre su padre y la demandante razón por la cual no existió una relación o convivencia con la demandante, de manera que las controversias en el proceso y dentro de la investigación administrativa daban certeza de que no hubo una convivencia demandante con el afiliado fallecido a la luz de la normativa.

Finalmente, en lo relacionado con los intereses moratorios debía tenerse en cuenta que atendiendo las controversias evidenciadas en la investigación administrativa con las versiones recogidas no había certeza de que la demandante hubiese convivido con el demandante dentro de los 5 años continuos anteriores a la fecha del fallecimiento, aludiendo que la controversia suscitada entre la que demandante y las hijas del afiliado se asemejaba a un conflicto de beneficiarios lo que impedía el reconocimiento de la pensión, discusión también evidenciada dentro del proceso, por lo que no eran procedente los intereses ya que en pronunciamiento de la C.S.J., S.C.L. el conflicto entre beneficiarios impedía el reconocimiento pensional, por lo tanto no había lugar a intereses moratorios ni a la condena en costas dentro del proceso.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia

determinará si era procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la demandante y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que la demandante contrajo matrimonio con el causante el 5 de diciembre de 2005; ii); que el señor César Arturo Quintero Puerto, falleció el 18 de noviembre de 2018 y iii) que el señor Quintero Puerto dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Atendiendo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma, por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del señor César Arturo Quintero Puerto, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (18 de noviembre de 2018).

Así, se tiene que Así, se tiene que el **artículo 73 de la Ley 100 de 1993**, establece que los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes en el RAIS, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48 de la misma ley, contemplándose en el **numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento, aspecto este frente al que no existe controversia.

A su turno, el **artículo 74 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (Subrayas y negrita fuera de texto)._

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.¹ Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;
(...)”

De la anterior normativa se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un afiliado, se tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se acredite la convivencia con el o la causante por espacio de 5 años y que la pensión sería vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tuviera más de 30 años

al momento del fallecimiento, aspectos que cumple la demandante siendo que nació el 15 de noviembre de 1967.

Tratándose del cónyuge supérstite se tiene que se debe acreditar un tiempo mínimo de convivencia de 5 años continuos en cualquier tiempo, tal y como se ha indicado por la C.S.J., S.C.L. entre otras en la sentencia No. SL1399-2018, en donde se indicó: *“(...) En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.”*, situación que se encuentra probada en el proceso siendo que el registro civil de matrimonio no presenta ningún tipo de anotación marginal.

Ahora bien, en cuanto a la convivencia, se tiene que la demandante rindió interrogatorio en donde reiteró lo expuesto en la demanda además indicó los lugares en los que residió con el causante y mencionó que de los hijos de su esposo solo conoció a Angie y que a los demás los conoció en el funeral, aspecto este que es corroborado por su hijo Pedro Andrés Hernández Leyton, quien en su testimonio refirió que de los hijos de su padre de crianza sólo conoció a Angie Quintero quien fue en una oportunidad a la casa y a los demás en el funeral, debiéndose resaltar incluso que la misma Angie Quintero en su declaración afirmó que solo había ido a la casa de su padre en dos ocasiones y que ella era la que mantenía una relación más cercana con su padre que sus otros hermanos Diana, Jhonatan y Andrea (hijos de otras madres),

lo que permite inferir que la relación del causante con la mayoría de sus hijos no era cercana.

A su turno, el señor Pedro Andrés Hernández Leitón, en su declaración da cuenta que conoció al causante desde los 10 años, cuando su madre empezó a convivir con este, informó los lugares en los que residieron hasta que compraron la casa y señaló que el crédito de la misma y los gastos los pagaban entre ambos, indicó que convivió con su madre y el causante y durante algún tiempo también convivió con ellos su hermano mayor Daniel Escobar, debiéndose precisar en este punto que aunque este testigo es hijo de la demandante, situación que podría restarle credibilidad a su dicho lo cierto es que este da cuenta de lo sucedido en su vida familiar sin que pueda pasar desapercibido el hecho que la misma Angie Quintero refirió en su testimonio que su padre en alguna ocasión la visitó en su casa en compañía de Andrés lo que denota la familiaridad que existía con el mismo y además lo indicado por este testigo se corrobora con el testimonio rendido por la señora María Silvia Agudelo Morales.

En su declaración la señora Agudelo Morales, manifestó que era compañera de trabajo de la demandante y que conoció al causante desde el año 2004, antes de que se casaran cuando todavía vivían en unión libre porque la invitaron a unas onces, que cuando vivían en Funza los visito como 2 veces y luego en la casa de Mosquera si era mas frecuente porque le quedaba más cerca, allí la invitaban a almorzar y a tomar onces pues era muy amiga de la demandante y asistía en compañía de su hijo que era contemporáneo de Andrés (hijo

de la actora), señaló que fueron compañeras de trabajo hasta 2019 cuando ella (testigo) fue pensionada, manifestó que junto a la pareja conformada por el señor quintero y la señora Leitón, vivían los hijos de la demandante Andrés y Daniel y que este último estaba por temporadas allá, que la pareja convivió hasta que el señor cesar falleció, advirtiéndose que no es cierto lo aducido por el recurrente respecto a que dicha testigo fuera una testigo de oídas pues lo único manifestado frente al que no tuvo un conocimiento directo fue cuando se le consulto porque sabía que los dos aportaban para los gatos del hogar refirió que como la demandante trabajaba con ella le comentaba sobre esas cosas.

También, se recibió el testimonio de Angie Paola Quintero Orjuela, hija del causante (26 años), quien señaló que fue a la casa de su padre solo en 2 ocasiones cuando no estaba la señora Beatriz porque esta no la dejaba entrar, que la relación de su padre con la señora Beatriz era mala, que estos aunque vivían en la misma casa no compartían cama pues él vivía en una pieza aparte, igualmente mencionó que tenía conocimiento que su padre estaba casado con la señora Nubia mamá de su hermana Andrea (hija mayor) pero con esta solo convivió un año, que se veía con su padre cada 8 días y compartían festividades e incluso este a veces se quedaba en su casa, señalando incluso que en alguna ocasión uno de los hijos de la señora Beatriz lo golpeo y no lo dejó ingresar a la casa porque estaba tomado y llegó a su casa, que ella era la hija que compartía con más frecuencia con el causante pues los otros hijos eran más alejados.

Ahora bien, pese a los anteriores señalamientos no puede perderse de vista que esta testigo afirmó ir solamente en dos ocasiones a la casa de su padre y sin que estuviera la demandante, siendo relevante de ello dos situaciones, la primera que no indicó cuando ocurrieron tales visitas para establecer una temporalidad y la segunda que no podía constarle la convivencia pues lo que esta relata era por lo que le manifestaba su padre, resultando extraño que pese a la cercanía que aduce tenía con su padre no se le permitiera el ingreso al hogar y más aún que desconociera que él mismo había contraído matrimonio con la demandante afirmando que de esto se enteró cuando se le efectuó la entrevista por Seguros Bolívar, adicionalmente tampoco puede pasar desapercibido el hecho de haberse mencionado por esta testigo que fue quien envió solicitud de congelación del trámite pensional porque le recomendaron congelar todas las cuentas de su padre y que resaltara que 15 días antes del fallecimiento de su padre este le llevó las escrituras de la casa mencionándole que si a él le llegaba a pasar algo no dejara que la señora Beatriz se quedara con todo, acciones y menciones que evidencian un posible interés económico al contar con vocación hereditaria.

Finalmente, del testimonio rendido por Diana Marcela Quintero, otra hija del causante (33 años), resulta extraño que la misma manifestara al inicio de su declaración su deseo de no encender la cámara pues no quería ni le interesaba conocer a la señora Beatriz, afirmó que conoció a su papá en el año 2012 y allí le comentó que vivía en una casa con alguna señora pero que no tenía relación alguna con ella y cada uno vivía por

su lado y afirmó no tener conocimiento que eran casados, igualmente, manifestó que a partir de ahí su relación con su padre era muy distante y que solo se encontraron un par de veces más, aludió no tener conocimiento de lo demás en que fue consultada salvo de lo relacionado con que su padre se había casado con la mamá de su hermana Andrea (Nubia) porque eran muy jóvenes cuando esta quedó embarazada, lo que afirmó le fue comentando por su hermana Andrea y una tía.

Como se observa los testimonios rendidos por las hijas del causante, reflejan las conclusiones a las que llegó el a quo, esto es, que la relación de las mismas con su padre no era permanente y constante, también logra advertirse que no existe una buena relación entre estas y la aquí demandante, por lo expuesto en sus declaraciones testimoniales y en el interrogatorio de parte rendido por la actora, debiéndose igualmente considerar que a las mismas en su condición de hijas les merece intención de suceder al causante como lo relató la misma testigo Angie Quintero en la entrevista rendida ante Seguros Bolívar en donde señaló que estaban esperando el certificado de libertad y tradición de la casa de su papá para iniciar el proceso de sucesión, lo anterior merece la atención de la sala por cuanto cuando un afiliado y/o pensionado fallece y se encuentra bajo la modalidad de retiro programado sin beneficiarios de ley existe la posibilidad de darse la devolución del monto a sus familiares generando así un posible interés en el resultado del proceso.

Así mismo, no puede pasarse por alto que al consultarsele a la señora Angie Paola Quintero por el matrimonio y la convivencia de su padre con la señora Beatriz Yolanda Leitón, esta afirmó que del matrimonio se enteró hasta la entrevista que se le efectuó y que la convivencia fue por poco tiempo sin precisar una temporalidad pero que en lo registrado ante Seguros Bolívar, la misma manifestara lo siguiente “(...) *también convivió con la señora Yolanda Leitón en matrimonio, de 2005 - 2010, no tuvieron hijos, nunca se divorciaron legalmente, vivían en la misma casa mi papá vivía en una habitación y la señora en otra habitación con su hijo (...)*”, afirmación con la que se reconoce que su padre y la señora Beatriz Yolanda Leitón convivieron por espacio de 5 años continuos lo cual según el precedente citado resulta suficiente para otorgar el reconocimiento pensional.

En ese orden de ideas, se tiene que en este caso se acredita la condición de beneficiaria de la actora en calidad de cónyuge no solo con la testimonial recaudada en el proceso sino también con la misma documental aportada por Colfondos S.A., correspondiente a la entrevista rendida por la señora Angie Paola Quintero, debiéndose reiterar que tratándose del cónyuge supérstite se exige la convivencia continua de 5 años en cualquier tiempo y siempre y cuando el vínculo matrimonial permanezca intacto, aspectos que evidentemente se cumplen en este caso y que resultan suficientes para confirmar la decisión del a quo siendo que el reparo giraba en torno a que no estaba acreditada la condición de beneficiaria de la actora.

Respecto a los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2609-2021, radicación No. 80573, señaló:

“(…)

Esta Corte en sentencia CSJ SL14528- 2014, recordó que conforme a la doctrina tradicional de esta Sala, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones –dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio-.

*También se asentó que esta Corporación, en atención a situaciones excepcionales y particulares que la han llevado a reflexionar sobre la referida doctrina y a adoptar decisiones conducentes a atenuar sus alcances, ha estimado que los intereses moratorios del mencionado precepto, no proceden en los eventos en que la entidad de seguridad social tenga serias dudas acerca de quién es el titular de un derecho pensional, por existir controversias entre los beneficiarios y, por ello, suspenda el trámite de reconocimiento de la prestación hasta tanto la jurisdicción ordinaria laboral decida mediante sentencia ejecutoriada a qué persona o personas corresponde el derecho.
(…)”*

De conformidad con el precedente transcrito, y toda vez que en el presente asunto pese a que en principio podría considerarse que podría existir un posible conflicto entre beneficiarios como se expuso en la comunicación del 20 de febrero de 2019, lo cierto es que en la misma investigación adelantada por la administradora pensional una de las hijas del causante reconoció que su padre y la aquí demandante convivieron por espacio de 5 años y como el criterio de nuestro órgano de cierre para tal data era reiterado respecto a que tratándose del cónyuge supérstite la convivencia de 5 años continuos podía darse en cualquier tiempo no debió haberse negado el reconocimiento pensional y en consecuencia resultaban procedentes los intereses moratorios.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, por lo que se procederá a confirmar la sentencia impugnada.

Costas en esta instancia a cargo del demandado.

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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandado. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000.

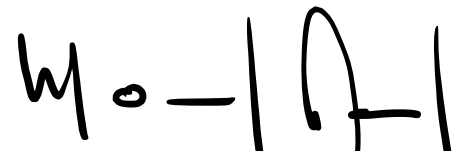
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY