



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2020 00417 01
DEMANDANTE: EDGAR ALFONSO ESPINOSA RAMÍREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que la «nulidad» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones los aportes de pensión obligatoria junto con los rendimientos financieros. A la última a aceptar el traslado y realizar el trámite del traslado de los aportes provenientes de Porvenir. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y la condena en costas y agencias de derecho del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de enero de 1961, se afilió al Instituto de Seguros Sociales en junio de 1994. En julio de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP

Protección sin asesoría alguna y en un trámite en masa, posterior se trasladó a Porvenir. Adujo que no recibió asesoría sobre las consecuencias del cambio, las administradoras no explicaron características, ventajas y desventajas de ambos regímenes, lo que le generó perjuicios frente a su beneficio pensional. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 5).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó la data de nacimiento del actor. Manifestó no constarle los demás hechos. Planteó las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, las declarables oficiosamente. En su defensa sostuvo que el actor seleccionó el régimen de forma libre, espontánea y sin presiones. Sostuvo que el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a prima media y el demandante está incurso en prohibición legal en razón de la edad (expediente digital, archivo 09 fls. 2 a 13).

La AFP Porvenir S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la afiliación a este fondo. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y las declarables de oficio. Sostuvo que el acto jurídico tiene casusa lícita y se estructuró sin vicios del consentimiento. Manifestó que el demandante suscribió el formulario y con ello exteriorizó su voluntad de pertenecer al RAIS (expediente digital, archivo 10 fls. 2 a 21).

La AFP Protección S.A. al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió el natalicio del accionante y la afiliación y los diferentes traslados horizontales. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, 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 declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de*

causa», «inexistencia de la obligación de devolver al seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», prescripción, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, traslado de aportes y las demás declarables de oficio. Argumentó que la afiliación se realizó completamente libre de vicios y que brindó asesoría completa, comprensible y conforme a las exigencias normativas existentes para esa data (expediente digital, archivo 11 fls. 3 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de octubre de 2022 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor Edgar Alfonso Espinosa Ramírez, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1 de diciembre del año 2000 por intermedio de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y en consecuencia declarar como afiliación válida la de régimen de prima media con prestación definida administrada hoy en día por Colpensiones, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por conceptos de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Edgar Alfonso Espinosa Ramírez, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 79.232.636. A Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones para que active la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y procesa a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las administradoras demandadas. Señalándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de estas, y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior, por ser adversa a los intereses de la demandada Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le correspondía a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron al cumplimiento del deber de información sobre las características de cada régimen, circunstancia

que no acreditó en juicio, por lo que procede declarar la ineficacia pretendida, pues la firma del formulario no alcanza para acreditar tales circunstancias.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones solicitó revocar la sentencia al argumentar que el accionante no observó sus deberes como consumidor financiero y permaneció vinculado por un largo periodo produciéndose. Alegó que Colpensiones es un tercero externo en el negocio jurídico realizado entre el accionante y las AFP demandadas y puede verse afectada la estabilidad financiera del régimen de prima media, refirió que la asesoría brindada por Protección y Porvenir estuvo acorde a la normatividad exigente para esa data.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios,

pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 15 de junio de 1994 (expediente digital, archivo 16 el 208), migró al RAIS, administrado por Protección el 2 de octubre de 2000, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 11 fl. 32), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE HELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PARA QUE ADMINSTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, el 18 de agosto de 2009 y en adelante se vinculó a Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 10 fl. 68).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado ingreso a laborar en Villavicencio con SaludCoop, allí en el trámite de la contratación firmó el formulario con la intención de entrar a laborar, pues este era el fondo que manejaba la empresa, pero no recibió información sobre el fondo o las características del RAIS. Comentó que el traslado a Porvenir se dio por disposición de la empresa. Admitió que suscribió los formularios libre de presión. Aseguro que una vez se trasladó recibió extractos por correo y después de un tiempo no volvieron a llegar. Confesó que el monto de la mesada lo motiva a gestionar el retorno a prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP Protección faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 3 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto

028 2020 00417 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 28 2021 00185 01
DEMANDANTE: ANA DEL SOCORRO ESPARZA MOSQUERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. adelantado el 1 de agosto de 1996 y anular los traslados horizontales entre AFP del RAIS. . En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, la totalidad de los dineros aportados en la cuenta de ahorro individual. A la última a recibirla sin solución de continuidad, actualizar y corregir la historia laboral. Así mismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de febrero de 1964, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 17 de agosto de 1989, allí cotizó 219 semanas. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de agosto de 1996. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre los requisitos, características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. Refirió que al 31 de marzo de 2021 cuenta con 1.451 semanas al sistema general de pensiones. Arguyó que la AFP le informó que su mesada sería de \$1'308.277 en el RAIS. Entre tanto, conforme a proyección pensional contratada de manera particular su mesada en prima media ascendería a \$3'897.568 Finalmente, que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones (expediente digital, archivo 01 fls. 1 al 16).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. Argumentó en su defensa, que el traslado se realizó libre de presiones o engaños y la voluntad de la actora se ve reflejada en la suscripción del formulario (expediente digital, documento 09 fls. 2 a 26).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió el natalicio de la actora y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento de los actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que la Ley 100 de 1993, creó dos regímenes coexistentes y dispuso la elección libre y voluntaria, en ejercicio del derecho la accionante quien gozaba de plena autonomía cambió de régimen y ahora está incurso en prohibición legal para retornar a prima

media, pues no contaba con 15 años cotizados al 1 de abril de 1994 (expediente digital, archivo 10 fls. 2 a 14).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de septiembre de 2022 (expediente digital, documento 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Ana del Socorro Esparza Mosquera, quien se identifica con la cédula de ciudadanía 30.729.276 al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de agosto de 1996, por intermedio de Sociedad la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por Colpensiones, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a AFP Porvenir S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Ana del Socorro Esparza Mosquera quien se identifica con cédula de ciudadanía. 30.729.276 a Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones para que active la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos que fueran propuestos por el extremo demandado.

QUINTO: las COSTAS de esta instancia están a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior, en cuanto le resultó adversa a los intereses de la demandada Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, concisa y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera a la actora conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones S.A. solicitó revocar la decisión al señalar que no se tomaron en cuenta las reglas aplicables a las relaciones contractuales adquiridas entre la demandante y la AFP. Señaló que la actora no observó los deberes del consumidor financiero, y la ignorancia de la ley no le sirve de excusa ni la exime de responsabilidad. Refirió que no es dable exigirle al fondo privado acreditar requisitos introducidos con posterioridad en el ordenamiento jurídico y desarrollados por vía jurisprudencial. Sostuvo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP estos que son los únicos llamados a soportar los efectos jurídicos. Adujo que con la sentencia se afecta la estabilidad financiera del sistema, pues el régimen de prima media tendrá que recibir como afiliada a la demandante quien no ha efectuado cotizaciones al fondo común.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios,

pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La demandante no demostró la fecha de afiliación al régimen de prima media, no obstante, conforme a extracto de Porvenir se advierte que cotizó 219,1 semanas (expediente digital, archivo 01 fl. 33). Según consta en reporte de Asofondos, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el

27 de junio 1996, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 09 fl. 77), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. ASI COMO LA SELECCION DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS, DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR PARA QUE SEA LA UNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, en 1996, a su lugar de trabajo, llegó una promotora de Porvenir y le informó que el ISS se iba a acabar y podría perder las semanas, que debía trasladarse al RAIS, que la AFP le ayudaría con el tramite de traslado de aportes efectuados en prima media. Relató que no le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen al momento del traslado, tampoco le realizaron proyección de la mesada. Refirió que no conocía los requisitos exigidos para acceder a la pensión en ninguno de los regímenes. Adujo que hace aproximadamente dos años se acercó al fondo privado a preguntar sobre su futuro pensional y le informaron que su mesada pensional sería de un salario mínimo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será adicionada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), por tanto, la sentencia será modificada en este sentido.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de septiembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la

AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto
028 2021 00185 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2021 00174 01
DEMANDANTE: CARLOS MARIO CUBEROS RIVEROS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare *la ineficacia de la afiliación* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., por existir vicio en el consentimiento al momento del traslado originado en la falta de asesoría de la AFP. En consecuencia, ordenar a Porvenir trasladar a Colpensiones de manera integral todos los aportes, junto con los rendimientos. A la última a aceptar e incorporar en la historia laboral dichos recursos. Se condene a las demandadas a pagar las costas de proceso. Subsidiariamente, solicitó en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad autorizar su traslado al régimen de prima media.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 9 de junio de 1989, para el 1 de abril de 1994 contaba con 290.28 semanas cotizadas al RPM. Indicó que el 26 de noviembre de 1998, data en la cual contaba con 487.43 semanas se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor del fondo le informó que el ISS sería liquidado y que sus aportes se perderían, pero previo a la vinculación no le informó sobre los requisitos, características, ventajas y desventajas de cada régimen y las consecuencias del cambio sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitiera evidenciarlas. Preciso la AFP le realizó simulación según la cual en el RAIS a los 62 años obtendría una mesada de \$1'734.400, entre tanto, en prima media ascendería a \$4'747.646, por tanto la diferencia en el monto de la prestación mensual lo motiva a retornar a Colpensiones. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen a Colpensiones, pero fue negado (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 11).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que el demandante se vinculó de forma libre y voluntaria al RAIS como producto de una decisión informada que se materializó con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 05, fls. 1 a 31)

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la afiliación al RPM, las semanas cotizadas, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y se trasladó de manera libre y espontánea adición ratificó su decisión al permanecer

vinculado a la AFP por más de 22 años (expediente digital, archivo 06, fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de febrero de 2022 (expediente digital, documento 12), resolvió:

PRIMERO: DECLÁRASE ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor Carlos Mario Cuberos Riveros identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.148.697 de Bogotá, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a partir del 1 de enero de 1999, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: DECLÁRESE válidamente vinculado al demandante señor Carlos Mario Cuberos Riveros al régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

TERCERO: CONDÉNESE a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en su cuenta de ahorro individual junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es desde el 1 de enero de 1999 y hasta cuando se haga efectivo su traslado, los costos cobrados por administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: 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.

QUINTO: DECLÁRENSE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDÉNESE en costas de esta instancia a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de \$3.600.000 a favor del demandante.

SEPTIMO: Sin Costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

OCTAVO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. apelaron lo resuelto.

Porvenir S.A. solicitó revocar la sentencia al argumentar que el acto jurídico del traslado es válido y eficaz, porque no se probó la configuración de algún vicio del consentimiento. Señaló que brindó al demandante la información debida en los términos previstos en la ley para esa época y este ratificó su decisión al permanecer afiliado al RAIS durante 23 años. Sostuvo que el formulario de afiliación era el único documento exigido para la época del traslado y no es posible exigir que se acrediten requisitos incorporados al ordenamiento jurídico con posterioridad como el ben consejo o la proyección pensional. Adujo que no es posible aplicar de manera homogénea la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación a los procesos de declaración de ineficacia por incumplimiento del deber de información de las AFP máxime cuando el demandante no es beneficiario del régimen de transición y no probó la configuración de un perjuicio cierto. Rechazó la condena de devolver los gastos de administración, pues la Superintendencia Financiera de Colombia estableció que el único valor a devolver corresponde a los rendimientos contenidos en la cuenta de ahorro individual. Asimismo, señaló que estos valores no financian la pensión de vejez y retribuyen a la buena gestión de la AFP.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar al argumentar que la sentencia atenta contra el equilibrio financiero del sistema, porque se afectaría la reserva pensional con el sin número de procesos de este tipo que permite el retorno de afiliados a cuatro fondos en el RAIS y obliga a la entidad a reconocer y pagar pensiones en las mismas condiciones que aquellos que han permanecido en el régimen y contribuido al fondo común, por tanto la condena debiera modificarse y condenar a la AFP a reconocer y pagar pensión de vejez en el monto que le hubiera correspondido en prima media. Precisó que la autorización a Colpensiones de obtener por las vías judiciales el resarcimiento de los perjuicios

ocasionados afecta los intereses de la entidad que estará obligada a pagar honorarios de los profesionales en derecho, para perseguir esos perjuicios.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al ISS, el 9 de junio de 1989 (expediente digital, archivo 01, fls. 61 a 66) migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A. el 26 de noviembre de 1998, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01, fl. 67).

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 PROVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegó un asesor de Porvenir y realizó una reunión grupal en la cual informó que el ISS se iba a quebrar y no era conveniente tener sus recursos allí, entre tanto, en el RAIS se pensionaría de manera anticipada pues obtendría mejores rendimientos financieros; razones que lo llevaron a suscribir de manera voluntaria el

formulario de afiliación. Adujo que previo al traslado el asesor de la AFP no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco le realizó proyección pensional, pero le explicaron que podía hacer aportes voluntarios, los cuales efectivamente realizó. Señaló que por compañeros que se empezaron a pensionar en fondos se enteró de la diferencia en el monto de la mesada. Admitió que recibe extractos y en ellos verifica los aportes que realiza su empleador. Refirió que se acercó a Colpensiones donde le informaron que allí su mesada ascendería aproximadamente a \$4'700.000 y que conoce los requisitos para pensionarse en Colpensiones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS, las cotizaciones realizadas o los aportes voluntarios efectuados no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a

causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de inejecución es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de febrero de 2022, que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 31 2021 00517 01.
DEMANDANTE: CLAUDIA LUCERO PINZÓN LIZCANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de mayo de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir, así como el posterior cambio horizontal a Colfondos y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene a las AFP Porvenir y Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de la aseguradora, con todos sus frutos como rendimientos, intereses y gastos administrativos. A la última a validar estos aportes e incorporararlos en su historia laboral. Se disponga a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que el 1 de agosto de 2010, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir. Adujo que el fondo privado, no le brindó información, clara y completa, respecto a las características de cada régimen, sus

ventajas y desventajas, las consecuencias del traslado. Posteriormente, el 1 de abril de 2014, se trasladó horizontalmente a Colfondos. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a prima media (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 3).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió, el traslado horizontal de Porvenir a Colfondos y las solicitudes de retorno a prima media. Manifestó que no le constan los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, argumentó que la Ley 100 de 1993, creo dos regímenes coexistentes y dispuso la elección libre y voluntaria de alguno de ellos en ejercicio de tal derecho la accionante, quien gozaba de plena autonomía, hizo su elección y ahora está incurso en prohibición legal para retornar a prima media, en razón de las semanas cotizadas (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 16).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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 y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la ley para el momento en que se concretó el traslado, por tanto, no es posible exigirle acreditar requisitos incorporados al ordenamiento jurídico con posterioridad. Puso de presente que capacitó a sus asesores para transmitir información adecuada y completa a los posibles usuarios. Asimismo, que la accionante no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 08, fls. 3 a 13).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la solicitud de traslado. Manifestó los demás hechos no son ciertos o no le constan. 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. Argumentó en su defensa, que no hay razones fácticas ni jurídicas para declarar la nulidad del acto jurídico, pues la demandante es una persona capaz quien suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época. Es decir, que el traslado se realizó libre de presiones o engaños y la voluntad de la actora se materializó con la suscripción del formulario (expediente digital, archivo 09, fls. 2 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de mayo de 2022 (expediente digital, archivo 23), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante, Claudia Lucero Pinzón Lizcano, a las demandadas, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho a la demandante, Claudia Lucero Pinzón Lizcano, en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

TERCERO: Como quiera que el resultado de la presente sentencia es adverso a los intereses de la demandante, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.

Como sustento de su decisión, concluyó que la demanda no contiene negaciones, ni afirmaciones indefinidas frente al traslado realizado en 1999 a través de la AFP Colfondos, por tanto, no es dable aplicar la teoría de la inversión de la carga de la prueba, máxime cuando no se ataca el traslado a través de Colfondos que fue la primera administradora del RAIS, sino que se indica que el cambio ocurrió por intermedio de Porvenir S.A. Asimismo, determinó que en el interrogatorio de parte la accionante confesó conocer características del RAIS, además haber leído y diligenciado

los formularios de afiliación. En particular exaltó que obra prueba que permite establecer que la accionante realizó aportes voluntarios a Horizonte.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La actora pretende revocar la sentencia al argumentar que pese a que en la demanda no se habla de la AFP a la cual se trasladó inicialmente la demandante, sí se habla del traslado de prima media al RAIS, por ello, debe entenderse las pretensiones de la demanda van dirigidas al fondo a través del cual se adelantó el cambio al RAIS. Asimismo, indicó que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de información. Indicó que si bien es cierto la demandante tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS pudo haberlo adquirido con el paso del tiempo y no porque los fondos privados la hayan ilustrado en la oportunidad pertinente.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según el certificado emitido por Asofondos la actora migró al RAIS el 01 de octubre de 1999 a través de la AFP Colfondos (expediente digital, archivo 08, fl. 90). Posteriormente, se trasladó a Horizonte el 1 de agosto de 2010, a Porvenir el 1 de enero de 2014 y a partir del 1 de abril del 2014 y en adelante a Colfondos (expediente digital archivo 08. fl. 90).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegó un asesor de Colfondos le informó que el Seguro Social se iba a acabar y las personas que estaban afiliadas allí perderían sus aportes, razones que la llevaron a

trasladarse al fondo privado. Narró que posteriormente, se vinculó laboralmente a BBVA y la trasladaron a Horizonte, pero no le informaron de tal hecho, por ello, pensó que siempre estuvo afiliada a Colfondos y esto la motivó a regresar posteriormente a esta AFP. Indicó que sabía que sus aportes generaban rendimientos financieros, que con dichos aportes se financiaba su pensión. Señaló que nunca fue informada por las AFP sobre la posibilidad de retornar a prima media y al elevar tal petición le informaron que estaba incurso en prohibición legal en razón de la edad. Refirió que su motivación para retornar a Colpensiones radica en que se sintió engañada, pues el Seguro Social nunca se liquidó y su pensión en el fondo privado según proyección pensional será de un salario mínimo. Adujo que no conoce los requisitos para pensionarse en el RAIS ni el prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Colfondos, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Importa señalar que la Sala de Casación Laboral reiteró que *«el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021), por tanto, las

asesorías posteriores y proyecciones, así como los actos de relacionamiento como las cotizaciones y afiliación al fondo de pensiones voluntarias, no convalidan la falta de afiliación debida al momento del traslado.

En consecuencia, resulta evidente que la Colfondos faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión del deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Colfondos administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019,

CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y, de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones, y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de

cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en la instancia ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de las demandadas.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, 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., el 4 de mayo de 2022, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar también a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros

previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a Horizonte y a Porvenir. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Colfondos S.A. y Porvenir S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



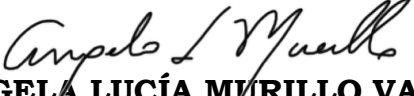
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con salvamento de voto
031 2021 00517 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2019 00371 03
DEMANDANTE: FLOR ALBA VALDERRAMA VELASCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMIINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP Skandia, Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la *nulidad* del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes consignados en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, y sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados. A la última a tramitar el recaudo de estos valores. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 15 de junio de 1963, se afilió al ISS el 30 de diciembre de 1985 y cotizó 445,14 semanas al RPM. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir en octubre de 1995 y posteriormente a la AFP Horizonte. Luego cambió a Old Mutual y retornó nuevamente a Protección en enero de 2008 y en adelante. Adujo que las AFP, no le brindaron información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, las consecuencias del cambio en relación con su situación particular, tampoco fue informada sobre la posibilidad de retornar a prima media. Arguyó que las semanas cotizadas al sistema general de pensiones le permiten pensionarse, en prima media, con el 80% del IBL. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a prima media, pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 27).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó la solicitud de retorno a prima media y su respuesta. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de la obligación de reconocimiento de pensión de vejez y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que capacita suficientemente al personal encargado de los traslados de régimen, en consecuencia, las personas se afilian libre y voluntariamente y materializan su decisión con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital archivo 01, fls. 218 a 229).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la solicitud de retorno a prima media. Manifestó que los demás hechos de la demanda no son ciertos o no le constan. No propuso excepciones. En su defensa, argumentó que la promotora del juicio se vinculó en forma libre, espontánea y no es beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad por tanto no puede retornar en cualquier tiempo a prima media (expediente digital, archivo 01 fls. 354 a 357).

Colpensiones rechazó la prosperidad de las pretensiones. Admitió, la data de nacimiento de la actora, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado al RAIS y las solicitudes de retorno a prima media. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, argumentó que la Ley 100 de 1993, creó dos regímenes coexistentes y dispuso la elección libre y voluntaria, en ejercicio de tal derecho la accionante quien gozaba de plena autonomía escogió régimen, por tanto no le es dable retornar a prima media, pues esta incurso en prohibición legal en razón a su edad (expediente digital, archivo 01 fls. 308 a 353).

Por auto del 9 de septiembre de 2020, se dispuso vincular al contradictorio a Skandia S.A. en calidad de litis consorcio necesario (expediente digital archivo 3 fl. 1), que al contestar la demanda se opuso al éxito de las aspiraciones. De los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso 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, la demandante se encuentra inhabilitada 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 fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante*, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que la demandante no acreditó los fundamentos fácticos para obtener la declaratoria de ineficacia del traslado (expediente digital, archivo 03 fls. 6 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de junio de 2022 (expediente digital, archivo 27), resolvió:

PRIMERO: Se DECLARA LA INEFICACIA del traslado de la señora Flor Alba Valderrama Velasco, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colpatria hoy Porvenir, y en consecuencia se ordena a Protección a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: Se CONDENA a Protección, Porvenir y Skandia a pagar con su propio patrimonio cada una, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, según el tiempo que permaneció afiliada al fondo privado, como se advirtió en la parte motiva.

TERCERO: Se CONDENA a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a afiliar nuevamente a Flor Alba Valderrama Velasco al régimen de prima media con prestación definida y recibir los aportes que hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Protección S.A. en la forma indicada en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Se CONDENA en costas a Porvenir, por lo tanto, señalamos como agencias en derecho \$2'000.000 que se incluyen en la liquidación de costas. Sin costas para Colpensiones, Protección y Skandia.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remite el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento del traslado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir y Skandia apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclamó revocar la sentencia, por cuanto la demandante era profesional al momento del traslado y desarrolló cargos que suponen el conocimiento de la prohibición legal de retornar a prima media dentro de los 10 años anteriores a la edad de pensión. Adujo que

ratificó su decisión de permanecer en el RAIS durante más de 20 años en los que realizó traslados horizontales con los que buscó obtener mejores rendimientos. Preciso que la sentencia atenta contra el equilibrio financiero del sistema, porque con ella se afectaría la reserva pensional. Solicito mantener la condena del traslado de la totalidad de aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora y no ser condena en costas en segunda instancia.

La AFP Old Mutual S.A., rechazó la devolución de los gastos de administración al argumentar que, el decreto 3925 del 2008 en su artículo 7 señala de manera taxativa los conceptos que deben trasladarse del RAIS a RPM y dichos rubros fueron enviados en 2008 o a ING, con lo cual cumplió con su obligación legal y contractual. En adición argumentó que estos rubros compensaron la gestión de administración y actualmente no están en su poder. En caso de confirmar la sentencia solicitó evaluar la prescripción de estos conceptos por ser periódicos y por no estar destinados a conformar el capital de financiación de la pensión de vejez.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, puesto que cumplió con el deber legal de información y la actora ratificó su voluntad de permanecer con los múltiples traslados horizontales dentro del RAIS. Señaló que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad máxima en este caso en que la demandante es profesional en materia financiera, menos aun cuando fue gerente de Colmena, entidad en la cual también estuvo afiliada. Rechazó la condena de los gastos de administración pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal y no están destinadas a financiar la pensión de vejez, a más son susceptibles de prescribir. Solicito declarar probada la excepción de compensación de los gastos de administración, seguros previsionales e indemnización a cualquier título, frente a los rendimientos obtenidos en la cuenta individual, los cuales se ordena trasladar.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL,

9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y

asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según historia laboral la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 30 de diciembre de 1985 (expediente administrativo, documento 2), migró al RAIS, administrado por la AFP Colpatria el 15 de setiembre de 1995, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 01, fl. 264) en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTAS SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a ING el 1 de abril de 2000, a Old Mutual el 1 de marzo de 2007, a ING el 1 de enero de 2008 y a partir del 31 de diciembre del 2012 y en adelante a Protección (expediente digital archivo 01. fl. 230).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que inició su vida laboral en 1985 y se afilió al ISS a través del empleador Molino Roa. Posteriormente, se trasladó a Bogotá y empezó a trabajar en «Curva América» la secretaria de esta empresa le informó que el ISS iba a desaparecer, que debían trasladarse a un fono privado, pues allí sus aportes pensionales irían a una cuenta de ahorro individual y generaría rendimientos financieros, estas razones la motivaron a diligenciar y firmar de forma libre y voluntaria el formulario. Adujo que aunque junto a la secretaria había otra persona, esta no le proporcionó ningún tipo de información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Sostuvo que fue gerente de Colmena, asimismo que fue trasladada a esta entidad. Adujo que los traslados horizontales se dieron como consecuencia de los cambios de empleo. Dijo no recibió extractos pensionales y que en 2018 se acercó a oficina del fondo privado donde estaba vinculada donde le informaron que su mesada pensional sería de un salario mínimo y que lo mejor para ella habría sido estar afiliada a

Colpensiones. Admitió que se siente engañada por los fondos privados y que esto la motiva a regresar a prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Importa señalar que la Sala de Casación Laboral reiteró que *«el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021), por tanto, las asesorías posteriores y proyecciones, así como los actos de relacionamiento como las cotizaciones y afiliación al fondo de pensiones voluntarias, no convalidan la falta de afiliación debida al momento del traslado.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Colpatria faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Protección administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Por tanto, la sentencia será modificada en este sentido. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de

los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y, de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones, y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Asimismo, **CONDENAR** a las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual a trasladar también a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, mientras la demandante estuvo vinculada con estas entidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

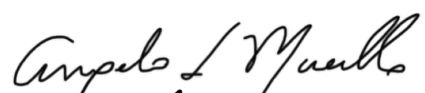
SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto
035 2019 00371 03



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 001 2020 00269 01
DEMANDANTE: IVÁN BOHORQUEZ FRANCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «*nulidad y/o ineficacia*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A adelantada el 24 de mayo de 1997. En consecuencia, condenar a la AFP a devolver Colpensiones todos los dineros que hubiese recibido por causa y con ocasión de la afiliación, esto es, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración. A esta última a recibir la totalidad de los aportes y rendimientos y activar la afiliación sin solución de continuidad. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de febrero de 1963, inició sus aportes pensionales en prima media el 18 de noviembre de 1978. Refirió que al suscribir un contrato de trabajo fue abordado por asesores de la AFP Colmena Cesantías y Pensiones AIG hoy Protección quienes le indicaron que con el fondo privado podría elegir la edad y el monto para pensionarse. Adujó que la AFP no le brindó información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco le realizó proyecciones, ni se le puso de presente que podía retractarse de su decisión o la imposibilidad de retornar cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión. Finalmente, que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones (expediente digital, documento 01 fls. 4 a 11, subsanación fls. 2 a 9).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor y afiliación al régimen de prima media. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones que denominó: el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, *«la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa»*, inexistencia del derecho y la obligación, *«no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones»* y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor se encuentra inmerso en prohibición legal para retornar a prima media por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión (expediente digital, archivo 11, fls. 3 al 21).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó únicamente la data de nacimiento del actor. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso 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 declarará 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», y las demás declarables de oficio. En su defensa, sostuvo que las actuaciones de la AFP siempre han estado precedidas de buena fe y legalidad. Afirmó que el traslado se dio de forma libre y voluntaria en los términos establecidos para la en el ordenamiento jurídico (expediente digital, documento 12 fls. 2 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de septiembre de 2022 (expediente digital, documento 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante Iván Bohórquez Franco identificado con la cédula de ciudadanía No 79.298.825, a través del fondo administrado por la demandada Protección S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones autorizar el traslado pensional del demandante señor Iván Bohórquez Franco identificado con la cédula de ciudadanía No 79.298.825 al régimen de prima media con prestación definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión judicial.

TERCERO: ORDENAR a la demandada Protección S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante Iván Bohórquez Franco identificado con la cédula de ciudadanía No 79.298.825 en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por este; conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: DECLARAR que la demandada Colpensiones, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEXTO: Sin costas para ninguna de las partes demandadas en la presente instancia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP omitió el deber de información con el aquí demandante, quien de haber sido informado de las

desventajas del cambio de régimen pensional no tendría que verse en la necesidad de acudir a los estrados judiciales en procura de evitar un perjuicio irremediable.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones reclama revocar la decisión, pues no se logró probar la falta de asesoría al momento del traslado, en cambio la decisión se vio ratificada con la permanencia en el RAIS por más de 20 años en los que realizó cotizaciones. Señaló, que el actor no demostró ningún interés por recaudar información al momento del traslado o de forma posterior. Aseguró que no es jurídicamente válido exigir a la AFP el cumplir requisitos introducidos con posterioridad en el ordenamiento jurídico.

De otro lado dijo que la entidad no está llamada a asumir las consecuencias de un acto en el que no intervino, pero de mantenerse la decisión debe ordenarse el traslado de todos los aportes realizados por el actor al RAIS tales como bonos, cuotas de administración, frutos, rendimientos entre otros productos de los aportes al fondo privado. Solicitó se garantice a Colpensiones la posibilidad de obtener por las vías judiciales los valores no previstos y sin las reservas para ello que más adelante se pudieran ocasionar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la

misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con la historia laboral aportada por Protección S.A se tiene que el accionante empezó a cotizar al régimen de prima media el 18 de noviembre de 1978 (documento 12 fls 63 a 69), migró al RAIS, administrado por la AFP Colmena Cesantías y Pensiones hoy Protección S.A. el 24 de mayo de 1997, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 14, fl. 40), en el que se puede leer:

DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTÍCULO 11, HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó horizontalmente el 1 de abril de 2000 a ING y a partir del 31 de diciembre de 2012, en adelante a Protección S.A, conforme certificación expedida por Asofondos (expediente digital, documento 12 fl. 70).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado una asesora de la AFP Colmena visitó el almacén en el que laboraba, informó que el ISS se iba acabar y que lo mejor era que se acogieran a un fondo privado, con la promesa de pensionarse a menor edad. Aceptó que le informaron que sus cotizaciones estarían en una cuenta de ahorro individual, que se generarían rendimientos financieros y que en caso de fallecer sus beneficiarios serían sus familiares. Manifestó que no buscó asesoría adicional a la recibida inicialmente porque se escuchaba que lo mejor era retirarse de Colpensiones. Manifestó que su interés en retornar a prima media surgió hace 5 años, ya que en medios de comunicación se escuchó que la AFP Colmena hoy Protección no es la mejor entidad para pensionarse. Sostuvo que no retorno a Colpensiones porque cuando se acercó al fondo le dijeron que solo podría hacerlo a través de una demanda.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código

General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Protección S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión tal como acertadamente concluyo el *a quo*.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de septiembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



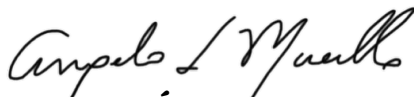
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto

001 2020 00269 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 04 2021 00460 01
DEMANDANTE: NUBIA STELLA RAMÍREZ SALINAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliado sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos su frutos, rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos. A la última a validar los aportes pensionales e incorporarlos en su historia laboral. Asimismo, se disponga a la demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. el 1

de mayo de 1994. Adujo que la AFP no le informó las características del régimen ni las ventajas y desventajas que conllevaría el traslado. Finalmente, que solicitó a las demandas el retorno a prima media (expediente digital, archivo 01 fls. 2 al 5).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la promotora del juicio se vinculó en forma libre, espontánea producto de una decisión informada y no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 04 fls. 2 a 24).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió el traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de 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, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, 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 y las demás declarables oficiosamente. Alegó que la demandante no acreditó probatoriamente los supuestos facticos para la declaratoria de ineficacia del traslado (expediente digital, archivo 05 fls. 4 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de octubre de 2022 (expediente digital, documento 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de Nubia Stella Ramírez Salinas a la AFP Porvenir, realizada en 1994. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con

solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, con cargo a su propio patrimonio, por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir. Fijense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró que al momento de traslado brindó asesoría o suministró información sobre las características de cada régimen, las condiciones para acceder a la pensión, los efectos, riesgos, implicaciones y consecuencias de la migración por manera que resulta imperativo declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A solicitó revocar de manera parcial la sentencia al argumentar que la demandante faltó a sus deberes como consumidor financiero, pues debía indagar sobre las características generales del producto que iba a contratar. Señaló que la pérdida del valor adquisitivo de los conceptos que se ordena trasladar está compensada con los rendimientos generados en la cuenta individual los cuales también se ordena enviar a Colpensiones.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que la inversión de la carga de la prueba, pues no puede recaer únicamente en cabeza de Porvenir, refirió que la demandante tiene las capacidades para asesorarse

de la mejor manera. Adujo que todas las actuaciones de la administradora han sido de buena fe. Señaló que como entidad del Estado no puede reconocer prerrogativas por mera liberalidad, en atención a mandato constitucional y legal. Arguyó que con la sentencia se afecta la sostenibilidad financiera pues el régimen de prima media tendrá que recibir como afiliada a la demandante quien no ha contribuido al fondo común.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios

pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 10 de abril de 1987 (expediente administrativo, carpeta 01, fl 1 a 4). Migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 14 de abril de 1994, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 04 fl. 74), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA 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 DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado su empleador los citó a una reunión a la que concurrieron todos los empleados, allí los organizaron por edades y les

hicieron firmar los formularios de Porvenir y les obsequiaron una libreta y un lapicero con logo de la AFP Aseguró que suscribió el documento y diligenció el formulario de afiliación sin leerlo y desconociendo de la existencia de dos regímenes pensionales. Señaló que al momento del traslado no fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco le realizaron proyección pensional, pues las afiliaciones fueron realizadas en masa a todo el personal Dijo que hace mucho tiempo no recibe extractos pensionales.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será confirmada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la

omisión del fondo de pensión, por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del circuito de Bogotá el 27 de octubre de 2022, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 05 2019 00665 01
DEMANDANTE: YOLANDA ARGENIS MORA OLAYA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de marzo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se decrete la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, bono pensional, rendimientos, y demás sumas de dinero recaudado durante el tiempo de vinculación. A la última a recibir estos valores y en caso de resultar inferior el monto del aporte legal, otorgar un tiempo prudencial para cancelar dicha diferencia. Finalmente, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de diciembre de 1955 y actualmente tiene 66 años de edad. Inició su vida laboral y

empezó a cotizar el 16 de febrero de 1989. Posteriormente, se vinculó al ISS el 11 de mayo de 1993. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. en mayo del 2001. Indicó que el asesor de la AFP le informó que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría y nadie le respondería por la pensión, entre tanto, en el fondo privado tendría la posibilidad de pensionarse anticipadamente y con mesada superior. Aseguró que previo al traslado no fue informada de las características del régimen ni las ventajas o desventajas que conllevaría su decisión, tampoco le informó sobre la posibilidad de retractarse, ni le realizó proyección pensional. Arguyó que, su pensión en el RAIS ascendería apenas \$828.116, motivo por el cual se siente engañada. Finalmente, que solicitó a Colpensiones el retorno a RPM pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 6 al 23).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento y la edad de la demandante, el traslado al RAIS y la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de 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 y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que, de acuerdo a las pruebas arrimadas al proceso la demandante se encuentra válidamente vinculada al RAIS pues suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación con la AFP y no ejerció el derecho de retracto (expediente digital, archivo 09 fls. 7 a 31).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. 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. En defensa de sus intereses, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la época (expediente digital, archivo 13 fls. 2 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de marzo 2022 (expediente digital, documento 19), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora Yolanda Argenis Mora Olaya, a través de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir S.A., que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: Sin costas en este caso particular.

CUARTO: En caso de que no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró que al momento de traslado brindó asesoría o suministró ninguna información sobre características de cada régimen, las condiciones para acceder a la pensión, los efectos, riesgos, implicaciones y consecuencias de la migración; por manera que resulta imperativo declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que, la demandante no puede retornar a prima media pues no es beneficiaria del régimen de transición, en razón de las semanas cotizadas. Adujo que con la declaratoria de ineficacia se quebranta el principio de equilibrio financiero del sistema. Señaló que no es posible exigir a la AFP que acredite requisitos incorporados al ordenamiento jurídico con posterioridad al cambio y que la decisión de trasladarse de régimen recaía únicamente en la accionante. Finalmente, que se debe tener en cuenta el principio de la relatividad jurídica y por ser

Colpensiones un tercero de buena fe no puede acarrear las consecuencias legales de un acto jurídico en el que no participó.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de

2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 11 de mayo de 1993 (expediente digital, archivo 09, fls. 32 a 37) Migró al RAIS, administrado por Horizonte hoy Porvenir el 11 mayo de 2001, según consta en formulario de afiliación (expediente digital, archivo 13 fl. 26) en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES, HE SIDO ASESORADO SOBRE LAS IMPLICACIONES DEL RÉGIMEN, ESPECIALMENTE SOBRE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN CASO DE PERTENECER AL MISMO. MANIFIESTO QUE HE ESCOGIDO A BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. CONOZCO QUE DISPONGO DE CINCO (5) DÍAS HÁBILES A PARTIR DEL DILIGENCIAMIENTO DE ESTE FORMULARIO PARA RETRACTARME DE LA AFILIACIÓN. DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE FORMULARIO SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, para la época del traslado, un asesor de Horizonte se acercó a su lugar de trabajo y le insistió en trasladarse argumentando que el ISS desaparecería, entre tanto, en el RAIS su pensión sería pagada en un monto superior y heredable, por ello, firmó libre y voluntariamente el formulario de afiliación. Indicó que al momento del traslado no fue informada sobre las

características, ventajas y desventajas de cada régimen. Señaló que posteriormente se trasladó a Porvenir por un cambio en la contratación con su empleador. Admitió que recibe extractos y que la motivación para retornar a prima media es porque se siente engañada, pues las expectativas en Porvenir no se cumplieron. Refirió que a través de llamada telefónica solicitó el retorno a Colpensiones, pero fue negado en razón de su edad.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como

reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Como quiera que el Juzgado declaró la nulidad del traslado al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de

la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de inejecución es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de marzo de 2022, en el sentido de DECLARAR la inejecución del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia analizada en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto
005 2019 00665 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 005 2021 00016 01
DEMANDANTE: ALEJANDRO GARCÍA FLOREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de mayo del 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare «*nulo e ineficiente*» el traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir. En consecuencia, se condene a la AFP a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes para pensión, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos, rendimientos e intereses. A la última a recibir los valores para posterior estudio de la pensión de vejez. Se disponga condenar a las entidades demandadas a pagar intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación correspondiente. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de marzo de 1958, inició su vida laboral el 5 de abril de 1978. En octubre de 2001, se trasladó a la AFP Porvenir. Adujo que no le informaron las características

del régimen ni las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas que conllevaría el traslado. Indicó que a la fecha cuenta con más de 1.400 semanas de aportes. Refirió que, conforme a proyección pensional realizada su mesada en el RPM ascendería a \$2.500.000. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de retorno al régimen de prima media (expediente digital documento 02, fls. 1 a 13).

Colpensiones se opuso al éxito de las súplicas. Aceptó la data de nacimiento del actor, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa, *«la indisponibilidad 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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, expuso que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, y fue debidamente asesorado a la hora de suscribir el formulario de tal suerte que en la actualidad se encuentra pensionado en el RAIS (expediente digital, documento 07, fls. 2 a 29).

Por auto del 19 de octubre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, documento 11) y se ordenó vincular al contradictorio a Seguros de Vida Alfa S.A. que al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió únicamente el natalicio del accionante. Manifestó que no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación de mandada, inexistencia del perjuicio alegado, buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio. En su defensa sostuvo que su responsabilidad legal se limita a asumir el

pago de la pensión del accionante bajo la figura de renta vitalicia (Expediente digital documento 13 fls. 14 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de mayo del 2022 (expediente digital, documento 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a Porvenir S.A. y a Seguros Alfa de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor Alejandro García Flórez.

TERCERO: Sin costas en este proceso.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, a favor del demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que en acatamiento con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no hay lugar a declarar la nulidad ni la ineficacia del traslado de régimen pensional pues el actor que cuenta con un derecho pensional en su patrimonio.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

1. De las reglas legales y jurisprudenciales respecto del deber de información en traslados de régimen cuando se trata de afiliados.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto

2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

2. Reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados, no obstante, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería en de una parte, en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la prestación y de otro lado respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado pues confluyen en

determinados casos terceros como emisores, contribuyentes, incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

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

En esta oportunidad la Alta Corporación, consideró además que si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de un pensionado, este podía demandar de la AFP el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida.

Resulta importante recordar, además, que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-413 de 2018, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado.

V. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que el accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por Seguros de Vida Alfa S.A. el 23 de junio de 2017, bajo la modalidad de renta vitalicia inmediata con la póliza n.º 0091815 (expediente digital, documento 13, fl. 20)

Resulta pertinente señalar que dentro de los beneficios que prevé la renta vitalicia, se encuentra **i)** pagar al afiliado pensionado una renta mensual vitalicia hasta la muerte **ii)** el pago de la pensión al último de sus beneficiarios o pensión de sobrevivencia, calculada sobre el monto de la

prima traspasada por la administradora de fondos de pensiones por los riesgos de vejez o muerte y **iv)** auxilio funerario.

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas, referenciadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021 que imposibilitan por la vía de la ineficacia del traslado volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen. Ello es así, porque que la calidad de pensionado beneficiario de la pensión de renta vitalicia no puede obviarse, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la existente entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., por lo que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al amparo de la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala no puede entrar a pronunciarse al respecto, en atención a que las facultades ultra y extra *petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

De conformidad con las consideraciones expuestas y surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura confirmara la decisión analizada.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de mayo del 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2019 00532 01
DEMANDANTE: GLADYS GARZÓN CIFUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad de la afiliación*» a la AFP Protección S.A. realizado el 10 de julio de 1997 y los posteriores traslados a las AFP Porvenir y Colfondos. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos, cálculo actuarial y semanas cotizadas. A la última a aceptar el traslado, recibir los aportes y activar la afiliación sin solución de continuidad. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de enero de 1964, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 11 de marzo de 1985. Se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A., el 10 julio de 1997, posteriormente cambió horizontalmente a Porvenir S.A. en abril de 2009 y luego el 29 de enero de 2013 a Colfondos S.A., finalmente, regresó a Porvenir el 28 de octubre de 2013. Adujó que las AFP no le brindaron información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco le realizaron proyecciones. Indicó que no fue contactada por la AFP Porvenir o por Colpensiones para informarle que podía trasladarse antes de cumplir los 47 años. Expuso que solicitó a las administradoras privadas documentación de proyecciones, asesorías o cualquier información relacionada con su vinculación. Finalmente, que solicito a Colpensiones la anulación del traslado (documento 02, fls. 1 a 42).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la afiliación al ISS, los aportes realizados, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Formuló 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 y las demás declarables oficiosamente. En su defensa sostuvo que en razón de la edad la accionante está imposibilitada para retornar a RPM que no se supera en manera alguna pues no contaba al 1 de abril de 1994 con más de 15 años cotizados y en la actualidad se encuentra inmersa en prohibición legal para retornar (expediente digital documento 08, fls. 1 a 23).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó la data de nacimiento de la actora, el traslado al RAIS y la afiliación a este fondo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al RAIS,

compensación y pago y ausencia de vicios del consentimiento. En defensa de sus intereses, sostuvo que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria y que cumplió con las formalidades establecidas en la Ley para el momento en que se concretó el traslado (expediente digital documento 14, fls. 1 a 21, subsanación documento 24, fls. 1 a 2).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a este fondo, la petición de documentos y la solicitud de traslado y la respuesta. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 1997, prescripción, buena fe por parte de la demandada AFP Protección S.A., compensación y las declarables oficiosamente. Sostuvo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición en razón a que para el 1 de abril de 1994 no contaba con 35 años de edad o 15 años de servicios (expediente digital documento 19, fls. 1 a 16).

Por auto del 26 de enero de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, documento 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2022 (expediente digital, documento 10) resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional realizado por Gladys Garzón Cifuentes del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 10 de julio de 1997 a través de la AFP Protección S.A. por ende se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones aquellos valores que hubieren podido recibir con motivo de la afiliación de la demandante que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de

administración e incluso en los dos periodos que estuvo la demandante en dicha administradora, es decir entre el 01 de mayo de 2009 y el 28 de enero de 2013 y desde el 28 de octubre de 2013 en adelante dineros que deberán ser trasladados de forma indexada y con cargo a sus propios recursos discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC reportado aporte pagado conforme lo excuso en la parte considerativa de esa sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones aquellos valores que se hubiesen generado con ocasión de la administración como fondos de pensiones de la demandante en el periodo en el que ella estuvo afiliada a dicha AFP comprendido entre el 10 de julio de 1997 y el 30 de abril de 2009 tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses si los hubiere, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada con cargo a sus propios recursos conforme lo indicado.

CUARTO: CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a aquellos valores que hubieren podido generar con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el periodo en que ella estuvo afiliada aquella AFP comprendido entre el 29 de enero y el 27 de octubre de 2013 tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses si los hubiere, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos con base a lo indicado en la parte motivo de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir tanto de Porvenir S.A., Colfondos S.A. y sin reparo alguno todos los emolumentos relacionados en los numerales inmediatamente anteriores para efectos de reactivar válidamente la filiación de la demandante Y proceder en seguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejado los mencionados valores en la historia laboral de Gladys Garzón Cifuentes con la respectiva imputación de pagos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas teniendo en cuenta las resultas del proceso.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. y a favor de la demandante y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

OCTAVO: de no ser apelada esta decisión remita sea superior en forma inmediata para que se surta el grado institucional de consulta exclusivamente en favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de información por lo que hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen reprochado en la demanda

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. apelaron lo resuelto.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que se interpretó de forma inadecuada el artículo 1604 del Código Civil, pues conforme a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia la responsabilidad de los fondos se convierta en objetiva y no exige al demandante demostrar vicios del consentimiento acaecido al momento del traslado al RAIS, lo que quiebra la lógica de las cargas probatorias y deja despoja a la demandante de la responsabilidad asesorarse y mantenerse informada.

Protección S.A. imploró se revoque la sentencia en cuanto que se dispuso la devolución de comisiones de administración y las primas de seguro previsional, pues estas deducciones se realizaron por mandato legal. Refirió que las cuotas de administración compensaron la buena gestión de la AFP que generó rendimientos financieros. Sostuvo que no cuenta con estos recursos destinados para cubrir los seguros provisionales que la mantuvieron cubierta a la actora para las contingencias de invalidez y muerte.

Porvenir, imploró revocar la decisión al argumentar que no es dable ordenar la devolución de gastos de administración conforme a los pronunciamientos de la Superintendencia Financiera de Colombia, además porque no integran el capital necesario para financiar la pensión de vejez. Añadió que se generaron unos rendimientos que superan más del 50% del capital ahorrado. Sostuvo ordenar la devolución de sumas indexadas afecta a la administradora.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el

ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la actora se afilió al ISS el 11 de marzo de 1985 (expediente digital, documento 03, fls. 16 a 20), migró al RAIS, administrado por Protección el 10 de julio de 1997 con la suscripción del formulario (expediente digital, documento 03, fl. 14), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Porvenir S.A. el 1 de mayo de 2009, el 1 de marzo de 2013 a Colfondos y desde el 28 de octubre de 2013 y en adelante a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, documento 03, fl. 9 y documento 15, fl. 1).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que a su lugar de trabajo llegó un asesor y en una reunión grupal indicó que el ISS se iba a “*terminar*”, que de trasladarse tendría mejores beneficios y su pensión estaría más segura. Refirió que para la época la empresa le informó a todo el personal que el dinero del ISS se estaba agotando, *razón por la cual toda la gente se estaba pasando* a fondos privados. Sostuvo que el asesor diligenció el formulario y ella se limitó a firmarlo, que se trasladó para cuidar su pensión. Aceptó que en la asesoría le informaron que el dinero que tenía ahorrado en el ISS se guardaría como un bono pensional y este se trasladaría al RAIS cuando se pensionara. Aceptó saber que tendría una cuenta de ahorro individual, que se generarían rendimientos financieros, que podría hacer aportes voluntarios los cuales realizó, pero posteriormente retiró. Relató que los traslados horizontales se dieron

porque los asesores le ofrecían mayor rentabilidad, particularmente, recordó que el asesor de Porvenir S.A. le mostró un estudio de mercados.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

De otra parte, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida*

administrado por COLPENSIONES” (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será confirmada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2022.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2020 00215 01
DEMANDANTE: MARÍA ANA JOAQUINA CÁRDENAS PEDRAZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se ordene a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con los rendimientos e intereses. A la última a activar su afiliación en prima media. Se condene a las demandadas a pagar indexadas las sumas de dinero correspondiente. Finalmente, condenar a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó a Colpensiones desde el 1 de marzo de 1996 hasta 31 de octubre de 2.000. El 1 de

noviembre del 2000 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor del fondo no le informó las características del régimen ni las ventajas y desventajas que conllevaría del cambio. Señaló que el valor de la pensión con la AFP le resulta desfavorable, en comparación a la que obtendría en Colpensiones. Dijo que solicitó a las demandas el retorno a prima media, fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 25).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción y 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 en costas y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que ha actuado de buena fe de conformidad con lo normado en la constitución política. Señaló que, desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, existe la libertad de elegir entre los dos regímenes coexistentes, pero excluyentes y el demandante en ejercicio de tal derecho de manera voluntaria seleccionó el RAIS en uso de plena autonomía (expediente digital, archivo 09 fls. 2 a 11).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la promotora del juicio se vinculó en forma libre y espontánea como consecuencia de una decisión informada (expediente digital, archivo 16 fls. 2 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de octubre 2022 (expediente digital, documento 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora María Ana Joaquina Cárdenas Pedraza identificada con cédula de ciudadanía 51.795.570 del régimen de prima media al de ahorro individual el primero administrado por el Instituto de Seguros Sociales y el segundo por Porvenir el 17 de noviembre de 2000, conforme a lo expuesto en esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora María Ana Joaquina Cárdenas Pedraza al régimen de prima media conforme a lo decidido.

TERCERO: CONDENAR a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora María Ana Joaquina Cárdenas Pedraza, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; según lo aquí expuesto.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a recibir a todos los valores que reintegre Porvenir con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora María Ana Joaquina Cárdenas Pedraza al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir y Colpensiones. Por secretaria practíquese la liquidación, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 para cada una.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por Colpensiones, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, para lo de su cargo, esto es a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró que al momento de traslado brindó asesoría o suministró información sobre características de cada régimen, las condiciones para acceder a la pensión, los efectos, riesgos, implicaciones y consecuencias de la migración; por manera que resulta imperativo declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A rechazó la condena de indexación de los conceptos cuya devolución se ordena como quiera que la pérdida del valor adquisitivo del dinero se ve compensada con los frutos o rendimientos obtenidos en la cuenta individual y que también se ordena enviar, por tanto se produciría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones. Sostuvo que la demandante aceptó que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación al RAIS y no se puede probar que la AFP incumplió con el deber legal de información, a más no fue sino hasta el año 2013 que se preocupó por su futuro pensional.

Indicó que no es posible declarar la ineficacia del acto jurídico, pues se afectan los principios de confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Tampoco es posible exigir que se acrediten requisitos incorporados al ordenamiento jurídico con posterioridad a la afiliación. De otra parte, se opuso a la devolución de gastos de administración. Finalmente, rechazó la condena en costas en primera y segunda instancia.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que, la actora firmó voluntariamente el formulario de traslado y con ello exteriorizó su decisión de pertenecer al fondo privado. Así mismo, señaló que con la declaratoria de ineficacia se atenta la sostenibilidad financiera del sistema, pues el régimen de prima media tendrá que recibir como afiliada a la demandante quien no ha efectuado cotizaciones al fondo común, además está incurso en prohibición legal para retornar a prima media. Finalmente, rechazó la condena en costas, toda vez que sus actuaciones fueron precedidas de la buena fe.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una

cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 1 de marzo de 1996 (expediente administrativo, archivo 17). Migró al RAIS, administrado por Porvenir el 17 de noviembre

del 2000, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 16 fl. 74), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL REGIMEN DE TRANSICION, BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISION ASI MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A PARA QUE SEA LA UNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIEN DECLARO 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 CINCO (5) DIAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, en su lugar de trabajo un asesor de la AFP Porvenir le informó que el ISS se iba a acabar y que sus aportes en el RPM se perderían, por tanto debía trasladarse al RAIS donde su pensión sería heredable. Adujo que suscribió el formulario de afiliación de forma libre. Refirió que recibe extractos pensionales y que aproximadamente en el 2013, se acercó a las oficinas de la AFP, en donde le informaron que no tenía derecho a percibir pensión y que tan solo recibiría un bono pensional. Adujo que solicitó el cambio de régimen a Colpensiones, pero fue negado. Indicó que conoce los requisitos para pensionarse en el RPM y en el RAIS.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante deberá trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia será modificada en este sentido.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron vencidas, pues se declaró la ineficacia del traslado y se ordenó el traslado y recepción de recursos debidamente indexados. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Porvenir S.A. y Colpensiones a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

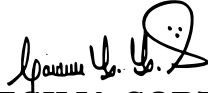
PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de octubre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto

011 2020 00215 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 012 2021 00160 01
DEMANDANTE: MAGALLY GARCÍA URIBE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende de manera principal se declare *«ineficaz y y por ende la nulidad de la vinculación»* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, condenar a Protección a registrar en su sistema de información que no se efectuó traslado y a Colpensiones a reactivar su afiliación en prima media, así como actualizar su historia laboral. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

De manera subsidiaria declarar que Protección faltó a su deber de información legal previo al momento del traslado y que en consecuencia,

sufre una lesión económica al no poder suplir las necesidades económicas con el monto de la mesada ofrecida en el RAIS. En consecuencia, condenar a la AFP a reconocer y pagar las diferencias proyectadas a futuro de la prestación económica que pudo disfrutar en el RPM, en relación con la que percibiría en el RAIS. Asimismo, reconocer y pagar indemnización a que haya lugar teniendo en cuenta la probabilidad de vida.

En respaldo de sus pretensiones, narró nació el 17 de agosto de 1957, cuenta con 63 años. Se afilió al ISS el 21 de octubre de 1986, allí cotizó 315 días. Prestó servicios al municipio de Bucaramanga del 12 de julio de 1994 al 1 de mayo de 1995, 290 días. Se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Protección el 18 de julio de 1995, época para la cual devengaba como salario \$803.000, seguro que las entidades públicas pensionales desaparecerían y con la promesa de que se pensionaría de manera anticipada y con monto superior. Adujo que la AFP, no le brindó información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, las consecuencias del cambio en relación con su situación particular, tampoco le informó sobre la posibilidad de retractarse, no le realizó proyección pensional. Dijo que ha cotizado por más de 22 años al RAIS. Preciso que se acercó a las oficinas de la AFP donde le informaron que su mesada sería igual a un salario mínimo. Relató que según simulación pensional contratada de manera particular en el RAIS recibiría una pensión de \$1'132.736, entre tanto, en prima media ascendería a \$3'234.545. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a RPM, pero fue negado (expediente digital, archivo 01, fls. 2 a 20).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante y su edad, su vinculación al RPM, las semanas cotizadas al ISS, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción y 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 en costas y las declarables oficiosamente. En su defensa,

argumentó que ha actuado de buena fe. Dijo que la Ley 100 de 1993, creó dos regímenes coexistentes y dispuso la elección libre y voluntaria y en ejercicio de este derecho la actora tomó la decisión de trasladarse al RAIS (expediente digital, archivo 04 fls. 2 a 14).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora y su edad, el traslado al RAIS, el salario devengado para la fecha de traslado, el tiempo cotizado al RAIS y la petición de traslado. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso 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 declarara 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»* y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad, en consecuencia, las personas se afilian libre y voluntariamente y materializan su decisión con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital archivo 08, fls. 3 a 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 06 de octubre de 2022 (expediente digital, archivo 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora Magally García Uribe identificada con cedula de ciudadanía 63.275.956 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. el 4 de julio de 1995, conforme a lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora Magally García Uribe al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Magally García Uribe, tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Protección S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora Magally García Uribe al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a Protección S.A y Colpensiones a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente. Puso de presente que el hecho de que la actora fuera abogada para el momento del traslado, no eximía a la AFP de acatar su deber legal de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que la actora está incurso en prohibición legal para retornar a prima media. Adujo que con la sentencia se afecta el equilibrio financiero y se promueve la descapitalización del fondo común, pues el régimen de prima media tendrá que recibir como afiliada a la demandante quien no ha efectuado cotizaciones al fondo común. Finalmente, rechazó la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe

abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió

con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la promotora del juicio se afilió al ISS el 21 de octubre de 1986 (expediente digital, archivo 06 fls. 1 a 14). Migró al RAIS, administrado por Protección S.A. el 4 de julio de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 08 fl. 50), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN 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 CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 1995 trabajaba para la Personería Municipal de Bucaramanga, allí se hicieron presentes asesores de diferentes fondos de pensiones, entre ellos, el de Protección quien informó que el Seguro Social se iba a acabar y la invitó a trasladarse a esta AFP para obtener una pensión a cualquier edad y con el salario que devengara para ese momento. Razón por la cual diligenció y firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Relató que previo al traslado el asesor de la AFP no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Adujo que en el 2020 se acercó al fondo privado y le informaron que su pensión sería de un salario mínimo. Admitió que la motivación para retornar a prima media es el valor de la mesada pensional porque no se cumplen las expectativas pensionales que le fueron ofrecidas en el RAIS.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta,

comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes

destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por lo que la sentencia será adicionada.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión

que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos e imputarlos a la historia laboral de la demandante.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de octubre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión en el sentido de DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 015 2020 00458 01
DEMANDANTE: ROCÍO CORREA BELTRÁN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare *la nulidad o ineficacia* del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. efectuado en marzo de 2001. En consecuencia, se condene a la AFP y a Colpensiones tramitar el regreso automático a prima media. Así mismo condenar al fondo privado trasladar a la última los valores de la cuenta de ahorro individual. Finalmente, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de febrero de 1961 y cuenta con 59 años de edad. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde noviembre de 1988 un total de 618 semanas. Se trasladó al

régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos el 1 de abril de 2001, cuando trabajaba para Cafam, entidad accionista del fondo privado. Señaló que un asesor de la AFP, le indicó que el ISS desaparecería entre tanto, en el RAIS podría pensionarse de manera anticipada y con un monto superior. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio, las implicaciones que tendría sobre su futuro pensióna tal decisión, tampoco le fue realizada proyección pensional. La AFP ante solicitud de la demandante remitió copia del formulario de afiliación. Dijo que al 12 de agosto de 2020 cuenta con 1.458 semanas cotizadas. Finalmente, que solicitó a Colpensiones el retorno a prima media, el cual fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 16).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó el traslado de régimen, la suscripción del formulario y la solicitud de traslado. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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 y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la ley para el momento en que se concretó el traslado (expediente digital, archivo 19, fls. 1 a 17).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió el natalicio de la actora, su edad y la respuesta a la reclamación administrativa. Manifestó que los hechos restantes no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que carece de competencia para pronunciarse respecto de los hechos y las pretensiones de la demanda, toda vez que fue un tercero ajeno, que no tuvo injerencia en el acto jurídico cuestionado (expediente digital, archivo 21 fls. 1 a 8).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 37), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora Rocío Correa Beltrán del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos el día 16 de marzo del año 2000 y como consecuencia de lo anterior ordenar a Colfondos trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante correspondiente a aportes y rendimientos a la administradora del régimen de prima media Colpensiones, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora Rocío acreditando los mismos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, dada la consecuencia natural de esta ineficacia, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme en lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones expuso que debe ser ordenado el traslado de todos los aportes, rendimientos financieros, dineros destinados a cubrir la garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales y anulación de bonos pensionales pues esta es una de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado. Arguyó que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP, por ende, no puede acarrear las consecuencias negativas de los mismos.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 290 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 1 de julio de 1995 (expediente administrativo, archivo 06, fls. 1 a 5). Migró al RAIS, administrado por Colfondos S.A. el 16 de marzo de 2001, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 19 fl. 19), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE TODOS LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS.

Al absolver el interrogatorio de parte, la demandante señaló que ingresó a trabajar en Cafam y en el proceso de firma de contrato de trabajo un asesor de Colfondos le entregó el formulario de afiliación diligenciado el que procedió a firmar, pero expuso que previamente no recibió información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Señaló que escuchó de su hermana mayor que en el ISS la pensión era mejor que en un fondo privado. Refirió que no ha recibido extractos por parte de Colfondos. Dijo que no conoce los requisitos para pensionarse en la AFP y que la motivación para retornar a prima media es el monto de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que dicho fondo faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Como quiera que el Juzgado declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable

frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Colfondos deberá trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con

anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Primero la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de septiembre de 2022 que quedará del siguiente tenor: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia y CONDENAR a Colfondos a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la

omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2019 00024 01
DEMANDANTE: SANDRA LUCÍA CHALITA SAER
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Skandia y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad del traslado*» del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir el 18 de agosto de 1994 y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, condenar a Old Mutual a trasladar a Colpensiones para efectos de pensión, las semanas cotizadas al RAIS. Condenar a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, se declare la ineficacia del traslado al RAIS.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 28 de julio de 1964, se afilió al sistema general de pensiones el 22 de agosto de 1986. En

septiembre de 1994, se afilió a Horizonte hoy Porvenir. Adujo que el fondo no le brindó información clara, completa veraz, oportuna, adecuada suficiente y cierta acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, sobre las implicaciones del traslado en su futuro pensional. Posteriormente, en abril de 2012, se trasladó horizontalmente a Skandia, AFP que tampoco la asesoró al momento previo al traslado. Dijo que ha cotizado 1.396 semanas al sistema general de pensiones y que conforme a proyección pensional su mesada en Colpensiones ascendería a \$5'481.194, entre tanto, en el RAIS sería de \$2'200.378. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a RPM, pero fue negado (expediente digital, archivo 04 fls. 1 a 16).

La AFP Skandia S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio de la actora y su edad, las semanas cotizadas, el valor de la mesada pensional en el RAIS, la solicitud de traslado y su respuesta. De los demás hechos dijo que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que la demandante refiere normas no aplicables a las AFP. Adujo que cumplió con el deber de brindar información con el lleno de las exigencias requeridas para la fecha (expediente digital, carpeta 1, archivo 10 fls. 3 al 20).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la actora y su edad, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el traslado de régimen se realizó de manera libre y voluntaria con el lleno de los requisitos legales

exigidos para la época del traslado (expediente digital, carpeta 01, archivo 12, fls. 1 a 6).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la promotora del juicio se vinculó en forma libre y espontánea, ratificó su decisión de permanecer en el RAIS durante más de 20 años y realizó traslados horizontales (expediente digital, carpeta 01, archivo 20 fls. 1 a 24).

Por auto del 14 de octubre de 2021 (expediente digital, carpeta 01, archivo 31, fls. 1 a 2), se dispuso vincular al contradictorio a la AFP Protección S.A. como litis consorte necesario, quien al contestar la demanda admitió el natalicio de la actora y su edad. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso 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 declarara 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»* y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad, en consecuencia, las personas se afilian libre y voluntariamente, y +materializan su decisión con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital archivo 37, fls. 1 a 21).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de junio de 2022 (expediente digital, documento 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Sandra Lucia Chalita Saer, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 19 de agosto de 1994 con efectividad a partir del mes de septiembre del mismo año, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en forma indexadas con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, el IBC reportado y los aportes pagados conforme en lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el periodo en el que ella estuvo afiliada a dicha AFP comprendido entre inicialmente el 19 de agosto de 1994 y el 3 de mayo de 1999 y posteriormente en el periodo del 23 de marzo del 2001 al 15 de mayo de 2002, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses si los hubiere, dineros que deberán ser trasladados de forma indexada y con cargo a sus propios recursos, conforme lo indicado.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones aquellos valores que se hubieren podido generar con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante, en el periodo comprendido entre el 4 de mayo de 1999 y el 22 de marzo de 2001 y los causados entre el 16 de mayo de 2002 al 9 de febrero de 2012, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses si los hubiere, dineros que serán trasladados de forma indexada con cargo a sus propios recursos conforme lo indicado.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir tanto de Skandia Pensiones y Cesantías S.A., como de porvenir S.A. y Protección S.A. y sin reparo alguno todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores, para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de Sandra Lucia Chalita Saer con la respectiva imputación de pagos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas teniendo en cuenta las resultas del proceso.

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de Porvenir S.A., Protección S.A y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a favor de la demandante y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de cada una.

OCTAVO: De no ser apelada esta decisión remítase al superior en forma inmediata para que se surta el grado jurisdiccional de consulta exclusivamente en favor de Colpensiones

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP Porvenir, Protección y Skandia ostentan una obligación de carácter profesional y no acreditaron haber suministrado a la actora la información necesaria y relevante que le permitiera tomar la decisión de trasladarse con pleno conocimiento de las implicaciones de su decisión conforme a sus circunstancias personales.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Porvenir S.A. y Skandia apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la decisión, al argumentar que con la declaratoria de ineficacia se afecta principios como la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Adujo que el traslado de régimen efectuado por la demandante fue un acto libre y voluntario materializado con el diligenciamiento y suscripción del formulario de afiliación. Refirió que la demandante faltó a sus deberes como consumidor financiero y que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad. En adición, no hizo uso del derecho de retracto y ratificó su decisión de permanecer en el RAIS con los múltiples traslados horizontales que realizó. Rechazó la devolución de gastos de administración y cuotas adicionales porque no hay mandato legal que así lo ordene y se desconoce la labor adelantada por la AFP. Señaló que estos valores fueron girados en el traslado horizontal y que se generaría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones pues estos valores no están destinados a financiar la pensión y son susceptibles de prescribir. Finalmente, solicitó no ser condena en costas en segunda instancia.

La AFP Skandia S.A., imploró revocar la decisión en cuanto la condenó a trasladar los gastos de administración al argumentar que, la cuenta de ahorro individual de la demandante generó rendimientos los cuales también se ordena trasladar. Rechazó la condena en costas, pues la demandante al momento del traslado horizontal se encontraba en

prohibición legal de retornar a prima media, por lo cual la AFP no podía sugerirle retornar a Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL162121 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán*

responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 162121-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 20021, radicado 31.9219 de 20021, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL31216-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 17421 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL162121 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL31216-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 16219-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 23 de agosto de 1988, según reporte generado por Colpensiones (expediente digital, archivo 14, fls. 1 a 4), migró al RAIS, a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 19 de agosto de 1994, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 21, fl. 2), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.S. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a Protección el 1 de julio de 1999, a ING a partir del 1 de mayo de 2000, a Porvenir a partir del 1 de mayo de 2001 y a partir del 1 de julio de 2002 a ING hoy Protección S.A. y a partir del 10 de febrero de 2012 y en adelante se vinculó a Skandia (Expediente digital archivo 36 folio 36)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante relató que se afilió al ISS cuando inició su práctica profesional. Arguyó que se trasladó al RAIS en 1994 a través de la AFP Horizonte, porque en una reunión la Gerencia Financiera informó que la compañía había escuchado buenos comentarios de los fondos privados y que podían trasladarse a esta AFP, pues allí obtendría mejores rendimientos financieros, por tanto firmó el formulario sin leerlo. Adujo que no recibió información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, pues al momento del traslado no intervino asesor alguno del fondo privado. Narró que se trasladó horizontalmente a Protección porque cambio de empleador y todos sus compañeros de trabajo estaban afiliados a dicha AFP. Refirió que en el 2012, se trasladó a Skandia porque le ofrecieron atención personalizada y le informaron que los altos ejecutivos de la compañía estaban afiliados a esta AFP. Señaló que cuando tenía 52 años un asesor de Skandia le hizo una proyección pensional y le informó que su mesada ascendería a \$2'500.000 lo que la motiva a retornar a prima media ya que su interés es obtener una mesada pensional digna.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL31216-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Skandia S.A. administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL56216-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL162121-2019, CSJ SL22177-2020, CSJ SL42111-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL56216-2021). Por tanto la sentencia será adicionada únicamente para ordenar también la devolución de sumas destinadas al fondo de garantía de pensión mínima. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL22177-2020), razón por la cual la sentencia será confirmada en este punto.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán

discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL22177-2020). En consecuencia la sentencia será adicionada también en este punto únicamente para incluir los dineros destinados a cubrir el fondo de garantía de pensión mínima.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por ello, la sentencia será confirmada en este punto.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Skandia de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, el fondo resultó derrotado, pues se declaró la ineficacia del traslado y se le ordenó hacer la devolución de recursos. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Skandia a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de junio de 2022, para ordenar a Skandia trasladar también las sumas descontadas con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia analizada en el sentido de CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar también los valores descontados con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima

TERCERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia analizada en el sentido de CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar también los valores descontados con destino al Fondo de Garantía de Pensión Mínima

CUARTO: ADICIONAR la sentencia para DECLARAR que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

SEXTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 016 2020 00272 01
DEMANDANTE: CLEMENCIA DEL PILAR RODRÍGUEZ NEIRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare *la nulidad y/o ineficacia* del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. en julio de 1994 y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, condenar a la AFP a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que reposen en la cuenta de ahorro individual como bonos, aportes, rendimientos y comisiones. Asimismo, registrar en su sistema de información que nunca se trasladó de régimen. A Colpensiones a activar su afiliación en el RPM y actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS. Finalmente, a las demandadas a reconocer lo demás derecho a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de diciembre de 1963, laboró para diferentes empleadores y cotizó 410,86 semanas régimen de prima media. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. en julio de 1994, época para la cual devengaba como salario 5,5 salarios mínimos. Adujo que la AFP no le informó las características del régimen ni las ventajas y desventajas que conllevaría el traslado, tampoco le ilustró sobre la posibilidad de retractarse de su decisión. Refirió que contrató asesoría particular en la que evidenció que había sido engañada por la AFP. Finalmente, que solicitó a Porvenir y a Colpensiones el retorno a RPM pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 32).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la promotora del juicio se vinculó en forma libre, espontánea producto de una decisión informada. Señaló que la demandante no hizo uso del derecho de retracto y está incurso en prohibición legal de trasladarse en razón de la edad (expediente digital, archivo 14 fls. 1 a 33).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las semanas cotizadas al régimen de prima media, el traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria, con el lleno de las formalidades legales exigidas para la época del traslado. Indicó que la accionante no demuestra la configuración de vicio del consentimiento alguno (expediente digital, archivo 16 fls. 1 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de agosto 2022 (expediente digital, documento 45), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, respecto de la demandante señora Clemencia del Pilar Rodríguez Neira identificada con cédula de ciudadanía No. 51.719.960 y que fuera realizada en el mes de julio de 1994, por ante Colpatria Pensiones y Cesantías Hoy AFP Porvenir S.A.

SEGUNDO: Se CONDENA a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional de la demandante, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones. Con inclusión de todos los valores que corresponden a capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, y en general, todos los valores que se haya recibido, por motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: Se CONDENA a Colpensiones, a recepcionar los recursos ordenados en el numeral que antecede, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto del cual se declara, es el único al cual en forma válida se ha encontrado afiliada la demandante, y por tanto Colpensiones actualizará su historia laboral con el número de semanas correspondientes, que cotizó en el Instituto de los Seguros Sociales sumadas a las semanas que cotizó en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: Se DECLARÁN No probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de medio salario mínimo legal mensual vigente, como valor de las agencias en derecho a cargo de la AFP Porvenir S.A., y sin condena en costas a cargo de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró que al momento de traslado brindó asesoría o suministró ninguna información sobre características de cada régimen, las condiciones para acceder a la pensión, los efectos, riesgos, implicaciones y consecuencias de la migración por manera que resulta imperativo declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones reclama revocar la decisión al señalar que la demandante realizó el traslado de régimen de manera libre y voluntaria. Asimismo, que está incurso en prohibición legal para retornar al régimen de prima media en razón de la edad.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 30 de julio de 1985 (expediente digital, archivo 16, fls. 18 a 21). Migró al RAIS, administrado por Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. el 13 de julio de 1994, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 14 fl. 83), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, para la época del traslado su esposo trabajaba para Colpatria en el área de *números* y le pedían trasladar a sus amigos y familiares, motivo por el cual diligenció el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria convencida que el Seguro Social se iba a acabar. Adujo que supo que el Seguro Social se iba a acabar, pero al momento del traslado no fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Arguyó que recibe extractos, pero no entiende la información allí contenida. Aseguró que aproximadamente en 2019 contrató asesoría particular y se enteró que había cumplido ya el requisito de semanas exigidas para pensionarse, por lo cual dejó de trabajar, también que en

Colpensiones la prestación sería mayor que en Porvenir y por este motivo desea retornar a prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los

rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de agosto de 2022, que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 016 2020 00272 01.

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto
016 2020 00272 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2016 00510 05
DEMANDANTE: JULIO CESAR RÍOS SEPÚLVEDA
DEMANDADO: YOLANDA VARGAS GONZÁLEZ Y NICOLLS FEGHALI VARGAS

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que, suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con Yolanda Vargas González quien actuaba en calidad de mandante de la entonces menor Nicolls Feghali Vargas, con el objeto de atender todos los asuntos de índole jurídico, que la retribución se pactó bajo la modalidad de cuota *Litis*, en un 13%, que se liquidaría sobre todas las sumas que recibirían como consecuencia de la venta de derechos y acciones herenciales que le correspondiera a la menor. Asimismo, se declare que realizó todas las acciones y representó los intereses de las demandadas. Declarar que fueron acordados los honorarios en la suma única de \$975.000.000 que a la fecha no han sido cancelados.

En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a pagar como honorarios profesionales \$975.000.000 que deberán ser indexados a partir del 30 de septiembre de 2014 y hasta cuando se pague

la obligación, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de octubre de 2013, suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con Yolanda Vargas González quien actuaba como representante de su hija Nicolls Feghali, para representarlas en todos los asuntos jurídicos, incluso los iniciados con anterioridad a la suscripción del documento.

Expuso que la defensa de los derechos patrimoniales de la menor inició en el 2007, en su oficina de abogados y a través del profesional José Vicente Prieto Rincón, se interpuso demanda de impugnación e investigación de la paternidad a favor de Nicolls Vargas Gonzáles quien para esa época era menor de edad y estaba representada por su señora madre y en contra de Elías Kaysar Feghali y Naji Michel Feghali, asunto que por reparto correspondió al Juzgado 17 de Familia de Bogotá bajo el radicado 2007-1063, el proceso pasó por descongestión al Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá que mediante sentencia del 31 de julio de 2012, declaró que el señor Elías Kaysar Feghali (Q.E.P.D.), es el padre de la menor. Inconforme, la parte vencida interpuso recurso de apelación, pero el Tribunal Superior de Bogotá mediante fallo del 28 de junio de 2013, confirmó la decisión de primera instancia. Luego, el demandado interpuso recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia, del cual desistió posteriormente su hija reconocida.

Adujo que ejerció la actividad jurídica en todas las etapas del proceso incluso ante la Corte, sustentó oposición a los diferentes recursos que fueron motivados y presentados dentro de la oportunidad procesal legal. Igualmente, que actuó de manera diligente para que se rechazaran todas las solicitudes que perjudicaran los intereses de la menor.

Refirió que en virtud del mandato otorgado por las demandadas otro de los abogados de su oficina adelantó el proceso de impugnación de actas de asamblea de accionistas que cursa ante el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, proceso n.º 2014 00028. Adujo que también representó a la joven dentro del proceso de sucesión del padre biológico, que cursa en

el Juzgado Veintidós de Familia bajo el radicado n.º 2013 001160, en virtud del cual, incluso fue denunciado disciplinariamente. Igualmente que asesoró a Vargas en la venta de derechos y acciones herenciales materializada con la suscripción el 29 de septiembre de 2014, de una promesa de compra venta con Jean Feghali Waked. En adición, la representó en procesos penales, elaboración y seguimiento de acciones de tutela, solicitudes de conciliación ante la Personería de Bogotá.

Adujo que en la cláusula segunda del acuerdo se pactó como honorarios un porcentaje del 20%, que luego fue modificado a un 15% y finalmente, el 29 de septiembre de 2014, fueron fijados en 13%, sobre el valor comercial de los bienes muebles e inmuebles o dineros que porcentualmente le correspondieran a la menor dentro de la sucesión de Elías Kaysar Feghali (Q.E.P.D), estos dineros incluían aquellos obtenidos como consecuencia de la venta de los derechos y acciones herenciales y arrojaban la suma de \$975.000.000. Aseguró que Vargas González en documento de la data antes referida, firmado y autenticado ante la Notaria 34 del Círculo de Bogotá autorizó el pago directo de honorarios al profesional.

Adujo que con el ánimo de eludir la obligación de cancelar los honorarios, las demandantes decidieron revocar el poder conferido a partir del 19 de enero de 2015, mediante memorial radicado en el Juzgado 22 de Familia de Bogotá y con ello incumplieron sus obligaciones contractuales (fls. 1 a 14) y subsanación 495).

Yolanda Vargas González rechazó el éxito de las pretensiones. Admitió la existencia y decisiones proferidas dentro del proceso adelantado ante el Juzgado 17 de Familia.. De los demás hechos dijo que no son ciertos. Formuló las excepciones de compensación y pago, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, incumplimiento del contrato por parte del actor- detrimento patrimonial causado a su poderdante y buena fe. Para enervar las pretensiones, argumentó que el contrato de prestación de servicios no existió en la forma indicada por el actor, no es cierta su fecha de suscripción, tampoco el objeto del contrato. Refirió que realizó abonos que ascienden en total a

\$6.800.000. Expuso que a la fecha no han sido cancelados los honorarios, pues el actor no cumplió a cabalidad su gestión como abogado, no ejerció el mandato con la diligencia requerida para defender los derechos de la entonces menor Nicolls Feghali. Expuso que debido al mal asesoramiento en la celebración de una transacción en la que se cedieron derechos irrenunciables a la fecha se han iniciado en su contra acciones disciplinarias ante el Consejo Superior de la Judicatura y acciones judiciales tendientes a obtener la nulidad del acuerdo en el que el accionante fundamenta su reclamo (fls. 493 a 520).

La demandada Nicolls Feghali Vargas se opuso al éxito de las pretensiones. Dijo que ninguno de los hechos es cierto. Formuló la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva y las de mérito de pago y compensación, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de o no debido, incumplimiento del contrato por parte del actor - detrimento patrimonial causado a su poderdante y buena fe. En defensa de sus intereses, expuso que como menor de edad no podía obligarse a pagar las sumas reclamadas y por el contrario merecía atención especial; sin embargo, lo que se evidencia es que con su actuar el demandante le generó un grave detrimento patrimonial, situación que trajo como consecuencia, la revocatoria del poder (fls 541 a 568).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora Yolanda Vargas González en representación de su hija menor Nicolls Feghali Vargas, contrató los servicios profesionales del abogado Julio Cesar Rios Sepúlveda, para la realización del objeto de los contratos de prestación de servicios suscrito encaminados principalmente al reconocimiento de Nicolls Feghali Vargas como hija del señor Elías Feghali y el cobro de sus derechos y acciones sucesorales respecto de su progenitor, conforme a lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a las demandadas señoras Yolanda Vargas González y Nicolls Feghali Vargas a pagar a favor del demandante Julio Cesar Rios Sepúlveda la suma de \$627.046.700, por concepto de honorarios, de los tramites y procesos relacionados en los contratos vistos a folios 15 a 25 del expediente, conforme a lo considerado en esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas a pagar a favor del demandante a partir del 6 de noviembre de 2015 y hasta la fecha de su correspondiente pago, la suma objeto de condena del numeral anterior, debidamente indexada conforme al IPC certificado por el DANE.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas y a favor del demandante. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada del pago de los intereses moratorios respecto de los honorarios adeudados, conforme a lo considerado en esta providencia.

En lo fundamental señaló que conforme a los testimonios y documentos la demandada contrató los servicios del accionante y se comprometió a pagar honorarios, que este la representó en diferentes procesos, diligencias y actuó en su defensa hasta cuando la demandada en representación de su hija decidió vender sus derechos herenciales. Indicó que los contratos civiles siguen la noción de la autonomía de la voluntad en virtud del cual los legalmente celebrados, tienen el carácter de ley para las partes, conforme al artículo 1602 del Código Civil, por tanto las demandadas están llamadas a pagar el 13% acordado en el último contrato, sobre la suma que les fue cancelada \$4.839.590.000, según consta en escritura pública, por tanto están llamadas a responder por \$629.146.700 los cuales deberán ser indexados desde el 6 de noviembre de 2015 y hasta que se verifique el pago. Vale indicar que para establecer el monto de los honorarios tomó en consideración algunos de los anticipos entregados.

Determinó que no procede el pago de intereses moratorios, que no operó el fenómeno extintivo de la prescripción y estableció que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la demandada Nicolls Feghali Vargas no está llamada a prosperar por cuanto su señora madre era su tutora legal y podía obligarla, a más desconocer su actuación sería tanto como repudiar los beneficios que recibió gracias a las decisiones que tomó su progenitora.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas imploraron revocar la sentencia al argumentar:

Me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, solicitando principalmente que se absuelva a mis representadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda o de manera subsidiaria, que se reconsidere las sumas objeto de condena, por considerar como se explicara más adelante y como se ha venido señalando a lo largo del proceso, que no hay lugar a hacer efectivo el pago de los honorarios reclamados en la demanda en los porcentajes que se indican por la parte actora y que aprueba el despacho, por considerar desde ya que se trata de un cobro excesivo por parte del accionante y también el considerado por el despacho, en atención al objeto de la contratación y también la gestión realizada por la parte actora.

En lo que tiene que ver con los argumentos que fundamentan el recurso, solicito al Honorable Tribunal desde ya, que se consideren controvertidos los argumentos de hecho y de derecho considerados por el despacho para proferir condena en contra de mis poderdantes.

No se considera que haya habido una adecuada interpretación de las normas en que funda el juzgador su condena, no hay una adecuada interpretación de las normas consagradas dentro del Código Civil el artículo 1602, ni el artículo 167 del Código General del Proceso y demás normas relativas a el fundamento con el que el despacho finalmente le da validez a los documentos que obran dentro del plenario. Tampoco se considera que haya existido una adecuada valoración de las pruebas allegadas al plenario y de las que fueron controvertidas en juicio y también de las que fueron traídas por mis poderdantes a la presente acción judicial, para efectos de acreditar la inexistencia de las obligaciones que se reclaman por parte del accionante y que dan lugar a la condena que es objeto de apelación.

En cuanto a mi poderdante Nicolls Feghali, antes Nicolls Vargas González ha de considerarse por parte del Honorable Tribunal que la excepción propuesta de falta de legitimación en la causa por pasiva esta llamada a prosperar porque, si bien es cierto, el Honorable Tribunal en su momento determinó que había que verificar si había existido algún beneficio por parte de la ahora mayor de edad frente a la gestión realizada por el demandante, debe considerarse como se explicara dentro de la presente recurso de apelación, que tal beneficio no existió y se considera injusto que se deba someter a mi poderdante Nicolls Feghali a las consecuencias relacionadas con un acuerdo que se suscribió por parte de su tutora legal, sí, pero en unas condiciones que no se pueden considerar, que eran condiciones de igualdad, como lo indica el despacho, como quiera que no se compadece la formación y las condiciones de vida de mi poderdante la señora Yolanda Vargas con la del demandante.

Tampoco se puede igualar a las partes en lo que tiene que ver con el convenio de honorarios sin desconocer que el demandante en su profesión de abogado conocía de antemano cuales eran las tarifas que se debían aplicar para la gestión que realizaba y también, pues debe asumir las consecuencias de haber hecho que la señora Yolanda Vargas pues firmara una serie de documentos que a la postre pues fueron documentos que le generaron un perjuicio a su menor hija, en ese entonces Nicolls Feghali.

Ni los dos contratos de mandato aportados al proceso y visibles a folio 19, 22 y 23 a 25 del proceso digitalizado, ni la documental visible folio 26 a 30 el proceso aparecen suscritos por Nicolls Feghali, quien para la fecha de la suscripción de los documentos era menor de edad y no poseía el apellido Feghali, tal como lo considero el Tribunal al momento de conceder el recurso apelación presentado contra la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva y decidir que la misma debía considerarse dentro del fallo y estudiarse como de fondo, correspondía a la parte demandante acreditar dentro del plenario que Nicolls Feghali había sido beneficiada con la labor desplegada y que da lugar al cobro excesivo de honorarios dentro de la presente acción judicial; no obstante, lo anterior y así se esfuerce la parte actora por tratar de comprometer a Nicolls Feghali en las negociaciones y en los acuerdos celebrados alrededor de la gestión que ahora da lugar el cobro, no se puede desconocer el hecho de que para ese

momento era una menor de edad y también que cuando adquirió la mayoría de edad y pudo reclamar por sus derechos, lo hizo y lo hizo ante un Juzgado de Familia dentro de un proceso que fue traído como prueba trasladada a la presente acción judicial, quedando claro pues que dicho beneficio por parte de Nicolls Feghali no existió. Tampoco se puede condenar solidariamente a Nicolls Feghali al pago de unos honorarios relacionados con una gestión que el mismo demandante confianza se realizó a favor de su progenitora Yolanda Vargas y que en ningún modo o de ninguna manera la beneficiaria y mucho menos tener que responder por una gestión que no se desarrolló en su totalidad por parte de la actora.

Desde ya quiero hacer ver al Honorable Tribunal que la inscripción de la sentencia en el registro civil de nacimiento de Nicolls Feghali no fue realizada por la parte actora y de ello de prueba el hecho de la revocatoria de poder, documento que obra dentro del plenario. No se requería por parte de mis poderdantes objetar lo relacionado con la inscripción del registro civil porque si se verifica la fecha en que se revocó el poder por parte de la señora Yolanda Vargas se podrá evidenciar que el registro, la inscripción que se da en el registro civil es un hecho posterior a esa revocatoria de poder, luego no es coherente ni posible atribuir esa gestión al demandante para justificar los honorarios objeto de condena como se realiza dentro de la demanda.

Contrario a lo considerado por el despacho, Nicolls Feghali fue parte o más bien, hubo consecuencias frente Nicolls Feghali en lo que tiene que ver con actuaciones surtidas por el actor, pero debe tenerse en cuenta que la acción de investigación impugnación de paternidad si fue debidamente compensada por la señora Yolanda Vargas, no puede el juzgado desconocer la validez probatoria de los recibos allegados con la contestación de la demanda, porque no fueron reconocidos dentro del correspondiente interrogatorio de parte, como quiera que al ser una documental agregada con la contestación de la demanda y no haber sido objetada por parte del actor, debe tenerse como plena prueba del pago en su totalidad, no solamente lo que corresponde a \$2'100.000 sino que deben considerarse los \$6'650.000 que corresponden a la sumatoria de dicho recibos.

El demandante en su afán de comprometer a la accionada Nicolls Feghali incluye acciones civiles y penales que se surtieron y pagaron antes de la muerte del causante el señor Elías Feghali Q.E.P.D., esas acciones que aparecen contenidas en los contratos, documentos que también son objeto de controversia dentro de la presente acción judicial, se surtieron antes incluso del fallecimiento del señor Elías, por lo tanto pues no pueden ser atribuido el pago de dichas obligaciones a Nicolls Feghali, tampoco se puede pretender que ella salga a realizar unos pagos que corresponden a acciones judiciales que no la beneficiaron.

Si se analizan los hechos de la demanda, se podrá evidenciar que ninguno de ellos comprometen a Nicolls Feghali de manera directa y que aquellas afirmaciones que se realizan en la demanda y que la vinculan directamente, pues son afirmaciones que no son ciertas y así se acreditó a lo largo del plenario.

En el primero de los hechos de la demanda se indica que está demandada Nicolls Feghali suscribe un contrato de mandato con el actor lo cual no corresponde a la realidad, porque como ya se señaló, en el momento en que se inició la gestión de investigación e impugnación de paternidad, pues dicha demandada contaba con menos de 10 años de edad, tampoco corresponde a la realidad que se indique dentro de los hechos de la demanda que se suscribieron los demás contratos que obran dentro del plenario y que sirven como fundamento de la condena, como quiera que para esa época mi poderdante Nicolls Feghali tampoco era mayor de edad.

Ante el valor excesivo de lo reclamado por el actor y la indebida asesoría que se dio frente a la firma de una promesa de cesión de derechos herenciales que tampoco se autorizó por parte de Nicolls Feghali, no puede desconocerse el hecho de que se inició una acción posterior, que como lo dijo el mismo hijo del demandante en su declaración, pues dio lugar a una conciliación, significa que efectivamente existían derechos inciertos y discutibles que fueron objeto de una actuación posterior en cabeza de Nicolls Feghali.

En el hecho tercero de la demanda, el actor confiesa que el objeto de los contratos allegados al plenario incluyo asuntos que ya habían sido tramitados en favor de Yolanda Ríos (sic) este documento no fue debidamente analizado y considerado por el juzgado al momento de proferir sentencia.

No puede considerarse que se encuentra en un plano de igualdad la señora Yolanda Vargas al momento de suscribir el contrato de prestación de servicios y tampoco se puede considerar que es equitativo y proporcionado que se incluyan dentro de un contrato de prestación de servicios, que al parecer, porque también hay contradicción frente a la fecha en que se firmaron, se suscribieron con posterioridad al fallecimiento del causante Elias Feghali.

Tampoco se puede atribuir a Nicolls Feghali la responsabilidad en el pago de gestiones que no la favorecieron porque se reintegra, pues no tuvieron que ver ni con el proceso de impugnación de investigación de paternidad ni tampoco con el proceso de sucesión intestada, que cómo se explicara más adelante, no puede considerarse como un referente para la condena de honorarios, toda vez, que no terminó con un avalúo e inventarios y tampoco pues hubo reconocimiento ni siquiera de Nicolls Feghali como parte dentro del proceso y si bien es cierto hubo actuaciones por parte del demandante, no es menos cierto que dichas actuaciones no pueden dar lugar a los honorarios que son objeto de condena.

En el hecho cuarto de la demanda el actor señala la existencia de un solo contrato, sin embargo de la revisión de los documentos quedó claramente establecido que no hubo uno sino varios documentos suscritos por la señora Yolanda Vargas y que el demandante en su afán de comprometer en los dineros, propiedad de la entonces menor Nicolls Feghali pues lo que hizo fue sacar una serie de documentos que empezaron a ser suscritos por la demandada Yolanda Vargas pero que no pueden entenderse como válidos en la medida en que, como se explicara más adelante y con el debido análisis de las pruebas allegadas al plenario, pues debe concluirse que dentro de dichos documentos no está representada la voluntad real de la señora Yolanda Vargas.

En el interrogatorio de parte demandante Julio César Ríos reconoció que mantuvo su relación con la señora Yolanda Vargas desde el año 2004, fecha en la que empezó atender asuntos relacionados con está demandada, asuntos que fueron gestionados en intervención de la entonces menor de edad Nicolls Feghali y asuntos que no la favorecieron porque no tuvieron que ver con sus derechos como menor de edad, también quiero aclarar que con este interrogatorio de parte, contrario a lo indicado por el despacho que las gestiones quieran encomendadas por la señora Yolanda Vargas iban siendo pagadas al demandante en la forma en que ella podía y es que así lo indicó de manera literal el demandante en el interrogatorio de parte.

Ante lo anterior, el despacho desconoce la totalidad del dicho del actor y no tiene en cuenta que, si bien es cierto en su interrogatorio de parte el demandante pretendió desconocer que hubo gestiones que ya habían sido tramitadas, terminadas y pagadas por parte de la señora Yolanda Vargas, no es menos cierto que al momento de ser cuestionado sobre la expedición de los recibos de pago reconoció que si había recibido pagos por parte de la señora Yolanda Vargas y aunque expreso que algunos tenían que ver con la gestión relacionada con su hijo, pues no puede desconocer el despacho que esa documental que no fue tachada oportunamente, si tiene que ver con gestiones relacionadas con el hijo, pues también se tiene que considerar como parte del pago.

En razón de que en gracia de discusión, lo que ha tratado de argumentar la parte actora para justificar los honorarios es que todas las gestiones que se realizaron, tanto por su hijo como por su colega, se realizaron como parte de un pool de abogados, que valga la pena indicarlo, pool que no aparece debidamente acreditado dentro del plenario, porque la verdad es que no hay pruebas que acrediten que el demandante sea director de un pool de abogados y mucho menos que exista una empresa direccionada por el demandante y que está encaminada a la prestación de servicios profesionales como lo afirma dentro de la demanda y como lo considero el señor Juez al momento de proferir condena.

El hecho de haber recibido los pagos, entonces se acredita con la misma documental que fuera agregada al escrito de contestación de la demanda y adicionalmente debe considerarse que en la diligencia de interrogatorio de parte el demandante si reconoce haber recibido los dineros y que a pesar de que no reconoció haber recibido la totalidad de los dineros, existe en prueba testimonial que da fe de que los pagos y se realizaban y además, deberá considerarse que según el salvamento de voto que está consignado dentro de la sentencia proferida por el por el Consejo Superior de la Judicatura, una de las faltas que debió haberse seguido estudiando y que no se analizó por haberse considerado que estaba prescrita, tiene que ver justamente con la no expedición de recibos al momento de recibir los pagos por parte del profesional del derecho.

También reconoció el demandante qué algunos de los pagos tenía que ver con las gestiones que estaban consignadas dentro del contrato de prestación de servicios y de igual manera reconoce el demandante que no se habían expedido los recibos de pago.

Finalmente, no se puede considerar que dentro al interrogatorio de parte el demandante manifiesta haber adelantado la gestión en su totalidad, como quiera que, lo que se evidencia a lo largo de dicho interrogatorio es qué es contradictorio al referirse a la asesoría en la suscripción de la promesa de cesión de derechos herenciales, pues sí bien es cierto manifiesta que fue apoderado en ese momento de la señora Yolanda Vargas, en el momento en que se le cuestiona acerca la suscripción del documento, siempre indica que fue la señora Yolanda Vargas quién realizó la negociación, que fue ella quien decidió realizar dicha gestión, eso tratando de evadir la responsabilidad relacionada con este con este acto jurídico.

El demandante en su interrogatorio de parte indica que los contratos fueron firmados en la misma fecha, pero no logra demostrar el por qué dentro de esos contratos, esos dos contratos que aparecen firmados por las partes se incluyen gestiones que para ese momento no habían iniciado, recuérdese por parte del Honorable Tribunal y así quedó acreditado dentro del plenario que el proceso de sucesión intestada inició en noviembre del año 2013, el documento aparece firmado dos o tres días después del fallecimiento del causante Elías Feghali.

Es evidente entonces que la fecha consignada, la información consignada en dichos documentos no es verídica, es contradictoria, no es coherente, el demandante al ser interrogado por estas inconsistencias que aparecen en los documentos no logró justificar las inconsistencias, tampoco logró justificar el por qué a pesar de que en la línea del tiempo lo refiere en la misma demanda dice que los honorarios fueron primero del 20, después fueron del 15, después fueron del 13, lo que da lugar pues a que existieron distintos momentos relacionados con el convenio honorarios, los dos documentos que obran dentro del plenario aparecen como si hubieran sido firmados el mismo día, lo cual pues no corresponde a la realidad.

Tampoco se puede traer a colación y tener como válidos, como lo hace el despacho, los contratos que aparecen sin firma en el proceso disciplinario como quiera que el proceso disciplinario se encaminó a un análisis distinto al que nos ocupa en este momento, debe tenerse en cuenta que si hubiera existido claridad acerca de cuál fue el contrato y cuáles fueron los honorarios pactados entre las partes, simplemente no hubiéramos tenido que llegar a este proceso ordinario.

Sin embargo, es la falta de claridad, de coherencia, de proporcionalidad de estos documentos la que da lugar a que se inicie esta acción ordinaria y que sea el despacho quien tenga que determinar el valor de los honorarios correspondientes a la gestión adelantada por el demandante y a definir si efectivamente la gestión relacionada con el proceso de impugnación e investigación de paternidad debe considerarse pagada y de acuerdo pues a los documentos agregados con la contestación de la demanda.

En lo que tiene que ver con la afectación de Nicolls Feghali, la misma debe entenderse acreditada con la testimonial arrimada por el actor, el testimonio de Lizeth Sanabria, con esta declaración queda clara la diferencia en la venta que logró ella de los derechos de su menor hija en relación con los valores negociados

por Nicolls Feghali a pesar de que la negociación debió surtirse en los mismos términos por ser hijos del mismo padre, está testigo da fe que el proceso de impugnación e investigación de paternidad ya está prácticamente terminado con sentencia de primera y segunda instancia y un recurso de casación pendiente por resolver que fue desistido por esta testigo.

Está declarante señala con claridad que los derechos de su menor hija fueron vendidos por el valor de 8.500 millones de pesos, suma que resulta ser superior a aquella que se indica o que se indicó inicialmente corresponde al monto en que se vendieron los derechos de Nicolls Feghali, que ya quedó acreditado con la escritura 2277 agregada por el mismo demandante, tampoco siquiera ascienden a la suma de 7.800 millones de pesos.

Está testigo también refiere dentro de su versión que al hablar con la señora Yolanda Vargas lo que ella le manifestó es que el porcentaje acordado con el demandante había sido del 10% y que pensaba disminuir el porcentaje de los honorarios, evidencia entonces esta declaración que no había claridad sobre la intención de las partes relacionadas con el pacto de honorarios que hoy da lugar a la condena que es objeto de apelación.

Los testigos no dan fe de actuaciones judiciales surtidas dentro del proceso de sucesión intestada, solo de reuniones realizadas con miras a llegar a un acuerdo, si bien es cierto requieren más de 3 reuniones la verdad es que no se demuestra dentro del plenario cuáles fueron el número reuniones en las que supuestamente participaron mis poderdantes junto con el demandante.

En esta diligencia, pretendió en el demandante, en este proceso judicial incluir dentro de las actuaciones objeto de cobro diligencias que ni siquiera fueron discutidas dentro del escrito de la demanda pero habrá de considerarse que de acuerdo con la testimonial rendida por la misma Lizeth Sanabria pues no puede entenderse que hubo una actuación en todas las instancias del proceso de impugnación e investigación de paternidad, como quiera que, si bien es cierto hubo un recurso de casación, el mismo fue desistido por la testigo Lizeth Sanabria.

No se considera acertada el análisis que hace de esta testimonial el despacho, mucho menos la conclusión a la que arriba el juzgador al indicar que el desistimiento del recurso de casación de Lizeth Sanabria se hizo con intervención del demandante, por el contrario, lo que queda claro con la documental que se agrega a la misma demanda y que se considera debe ser analizada por el Honorable Tribunal con mayor detenimiento es que la testigo Lizeth Sanabria actuó con otro apoderado judicial, que si bien es cierto desistió del recurso de casación, también se retractó, luego no puede indicarse que el demandante participó activamente dentro del trámite de ese desistimiento cómo se pretende hacerse ver dentro de la sentencia para justificar los honorarios objeto de condena.

Tampoco se considera acertado el análisis de la testimonial rendida por José Vicente Prieto como quiera que resulta ser contradictoria su declaración, si bien es cierto dentro de dicha testimonial señor José Vicente Prieto argumenta haber realizado algunas gestiones relacionadas con el proceso de impugnación e investigación de paternidad, no puede desconocerse el hecho de que resulta contradictorio al referirse al proceso de sucesión intestada, es decir, este testigo confunde el proceso de investigación e impugnación de paternidad con el proceso de sucesión intestada y no es claro al referirse a las actuaciones surtidas por el demandante.

Tampoco logra acreditar dentro de la testimonial, ni se logra acreditar dentro del proceso que el señor José Vicente Prieto tuviera algún tipo de convenio comercial con el demandante o en realidad hiciera parte de algún pool de abogados o de alguna empresa, brilla por su ausencia la documental relacionada con este hecho que se considera demostrado por parte del despacho.

Siendo así, no hay prueba de que se tenga que tener en cuenta la gestión realizada por el señor José Vicente Prieto para efectos de determinar si los honorarios

cobrados por el accionante pues están proporcionados a la gestión que realizó y que el accionante pues pueda argumentar, como lo hace, que su gestión si se realizó y que se realizó a través del señor José Vicente Prieto.

Confunde este testigo el proceso de impugnación e investigación, con el proceso de sucesión intestada pero queda claro con su declaración que no hubo petición de herencia, es decir, no se considera que se deban tener en cuenta los porcentajes establecidos por el despacho como quiera que los mismos parten de un supuesto no cierto de que se llegó o se realizaron actuaciones dentro del proceso de sucesión intestada y también de que se cumplió con el objeto contratado o con el objeto que se debe analizar como parte de la contratación del señor Julio César Ríos.

Javier Mauricio Ríos, declarante dentro del proceso, presenta una declaración parcializada en atención al vínculo de parentesco con el actor, si bien es cierto se desestimó el incidente de tacha, abra de considerarse en todo caso que de acuerdo con la versión rendida por este declarante, son múltiples las acciones que se pretenden cobrar, acciones que se hicieron frente a la señora Yolanda Vargas y que no comprometen los intereses de Nicolls Feghali.

No es clara está testimonial en lo relacionado con las sumas de dinero referidas en la declaración como recibidas por parte de la señora Yolanda Vargas y relacionada con el pago de su gestión, tampoco es claro el declarante cuando manifiesta que le fueron entregados dineros a la demandada señora Yolanda Vargas relacionados con préstamos que supuestamente le realizó el demandante, lo que si queda claro con esta declaración es que la señora Yolanda Vargas fue asesorada por el demandante en el proceso de negociación pero que a su cargo estuvo finalmente lo relacionado con la promesa de compraventa, actuación en la que no participó Nicolls Feghali, quien para esa época era menor de edad, así haya firmado el documento, deberá considerarse las consecuencias legales de que hubiera suscrito dicha documental a pesar de ser una menor de edad.

También deberá tenerse en cuenta la testimonial de Gloria Stella Martínez, declarante traída juicio por las demandadas quien en su versión da fe de los pagos realizados por la señora Yolanda Vargas al señor Julio César Ríos relacionados con honorarios derivados de acciones judiciales, reclamaciones presentadas a favor de Yolanda Vargas y que se pretende reunir dentro de los contratos. Está testigo básicamente define con claridad que los dineros eran entregados al demandante en calidad de pago de honorarios relacionados con su gestión judicial. Está testimonial deberá considerarse por el Honorable Tribunal para tener en cuenta los pagos que fueron descartados por el juzgado.

La declarante Marisol Aranza Poveda abogada testigo traída por mi poderdante Yolanda Vargas en su declaración aclara lo relacionado con la acción disciplinaria adelantada contra el accionante y también es clara al definir cuáles fueron la resultas del proceso disciplinario y también lo que se discutió dentro de dicho proceso, con este testimonio queda claro que el demandante faltó a la obligación de expedir los recibos de los pagos recibidos como contraprestación de los servicios que fueron prestados a la señora Yolanda Vargas y que si bien es cierto se llegaron algunos recibos de pagos al plenario, los mismos corresponden a recibos que eran elaborados por los trabajadores de la señora Yolanda Vargas o de la misma Yolanda Vargas para dejar constancia de los dineros que se le entregara el demandante.

También quedó claro con esta declaración que no existen uno, sino tres documentos suscritos entre el demandante y la señora Yolanda Vargas y que dentro de los tres documentos se habla de porcentajes diferentes relacionados con la gestión que hoy da lugar a la presente acción judicial, se aclara con este testimonio que la etapa de inventarios y avalúos no sé surtió con la participación de mis poderdantes y tampoco con participación del actor dentro del proceso de sucesión intestada del que ahora pretende derivar el demandante el valor de sus honorarios.

Se equivoca el juzgado al considerar que el demandante si participó en una diligencia suspendida de inventarios, como quiera que los autos que se agregan en el escrito de demanda dan fe de que el demandante, si bien es cierto presentó

recursos que fueron tramitados por el despacho, nunca fue reconocido como parte dentro de dicha acción judicial.

También queda claro dentro de esta declaración que la negociación realizada con el demandante por parte de la señora Yolanda Vargas pues adoleció de una serie de falencias que finalmente en lo que resultaron fue en el detrimento de los derechos de Nicolls Feghali, pero también pues puede dar fe y dar fe de hecho la testigo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que Yolanda Vargas pues firmó dichos documentos llevada por la necesidad de poder finiquitar por fin un proceso de impugnación e investigación de paternidad que supuestamente tenía que realizarse de manera de manera pronta y que finalmente pues duró más de 5 años.

No se consideró por parte del despacho que el documento “cesión de derechos, promesa de venta derechos herenciales” fue suscrito con anterioridad a la fecha en la que se le reconoció el apellido Feghali a Nicolls, es decir, en ese momento se suscribió dicho documento pero si se evidencia la escritura 2277, da fe que la compraventa se perfeccionó con posterioridad y sin intervención del demandante.

Se recibió el testimonio de la señora Luz María Ruiz Ramírez quién también laboro con Yolanda Vargas y da fe de los pagos efectuados al demandante, no existe o no se comparte más bien el análisis realizado a está testimonial por parte del despacho, como quiera que se considera que está declaración debe tenerse como prueba adicional a las demás que se han venido enunciando como prueba de los pagos que se realizaron al demandante; y no solamente los pagos que se realizaron al demandante, la señora Luz María Ruiz de Ramírez también da fe de que el proceso de impugnación e investigación de paternidad que se venía adelantando desde el año 2007 fue un proceso que se pagó al demandante.

Ella controvierte la versión dada por el demandante en relación con qué dicha acción judicial no fue cancelada y le da fortaleza también a la prueba documental relacionada con los pagos.

La existencia de tres documentos distintos que aparecen firmados con fechas que no corresponden a la realidad, que incluyen porcentajes diferentes, el tercero de los documentos relacionado con una autorización elaborada por la demandante de manera unilateral para un tercero, dan fe de que dentro del presente proceso no hay claridad alrededor de la causación de los honorarios reclamado por el actor, pues es por esta razón que el despacho al momento de fijar el litigio y determinar el objeto de la litis indicó que el problema jurídico a resolver se centra, para este caso, en establecer si hubo un contrato de prestación de servicios entre las partes y si en virtud de dicho contrato de prestación de servicios hay lugar a que se condene a las demandas al pago de los honorarios reclamados en la demanda.

Es claro y así se desprende de la prueba documental y testimonial recaudada que la presente acción ordinaria nace justamente del hecho la falta de claridad sobre honorarios pactados y la falta de validez de los múltiples documentos allegados al plenario con el propósito de justificar el cobre 975 millones de pesos, fundamentado en una gestión que ya se había pagado al accionante a la fecha de la firma los documentos y también habrá de considerarse por parte del Honorable Tribunal, pues que finalmente ni siquiera el despacho coincide con el valor indicado en la demanda y eso es simplemente por la falta de claridad y coherencia en los documentos.

Téngase en cuenta que dentro del documento que se presenta por parte del actor se habla de una suma que es superior a la consignada en la escritura pública número 2277, el contrato obrante a folio 19 a 22, el visible a folio 23 a 25 del proceso digitalizado contienen porcentajes diferentes pero se consagra de igual manera dentro de dichos documentos que el objeto de la gestión se relaciona con adelantar en todas sus etapas el proceso de sucesión intestada que se adelantó ante el Juzgado 22 de Familia, proceso en el que no participó el demandante en todas sus instancias y que tampoco terminó en la forma que se pretendía, con un tema de inventarios, para ver sacar de allí los porcentajes que se pretenden en la demanda.

El régimen legal que regula la prestación profesional de los servicios de los abogados, como bien lo indica el despacho, está consagrado dentro del Código Civil, la normatividad pues establece cuáles son los requisitos del contrato de mandato, pero también dispone claramente el artículo 2143 del Código Civil que el negocio puede ser de mandato puede ser gratis o remunerado, pero que en todo caso la retribución debe ser determinada con claridad por las partes. Si no hay claridad por las partes al determinar el valor de la gestión, la misma debe ser fijada por el Juez o por la ley, para este caso consideramos con todo respeto que el referente que se debió haber tomado en cuenta no fue la documental agregada con la demanda, sino la tabla de honorarios de abogados que determina con claridad cual debe ser el valor de la gestión cuando no hay claridad sobre el pacto de honorarios.

Para este caso, la gestión adelantada por el actor dentro del proceso de impugnación e investigación de paternidad ya le fue pagada y así se acredita con los recibos allegados al plenario, en todo caso, deberá considerarse las actuaciones surtidas de acuerdo con el proceso que fue llevado como prueba trasladada y deberá tenerse en cuenta que dentro de dichas actuaciones que se realizaron en el Juzgado 17 de Familia, pues muchas fueron coadyuvadas por mí poderdante Yolanda Vargas y en todo caso, cuando finalmente se logra que se declare el vínculo de paternidad con el causante Elías Q.E.P.D. dicha conclusión a la que llega el juzgado se fundamenta en la renuncia por parte del fallecido señor, de practicarse las pruebas de ADN; y eso qué implica, implica básicamente que no hay una gestión que amerite el pago de los honorarios que se reclaman por este proceso de investigación de paternidad que se surtió ante el Juzgado 17 de Familia de Bogotá radicado 2007-1063.

Cuando analizamos la actividad desplegada dentro de esta actuación judicial, debe considerarse que en todo caso la misma tuvo mucho que ver con el análisis y pruebas que no pudieron practicarse debido a la renuencia del entonces demandado el señor Elías.

En lo que tiene que ver con el Juzgado 22 de Familia de Bogotá y el proceso radicado 2013-01160 debe considerarse por parte del despacho qué tal y como se acredita con la documental agregada al proceso el abogado Julio César Ríos Sepúlveda tuvo una participación mínima dentro de la sucesión, lo mismo el abogado sustituto Javier Mauricio Ríos Pinilla, pues en dicho proceso no se realizaron diligencia de inventarios, avalúos, partición y sentencia en razón en que la señora Yolanda Vargas González en representación de su menor hija vendió los derechos y acciones hereditarias al señor Jean Feghali, el doctor Julio César Ríos Sepúlveda no fue quien presentó la demanda de sucesión, pero él sí solicitó que se reconociera como parte de la sucesión a su prohijsada o a su poderdante en ese entonces la menor Nicolls Vargas González, ahora Nicolls Feghali.

Si bien es cierto se presentaron memoriales, pues no es menos cierto que dichos memoriales no tuvieron ninguna consecuencia o ningún efecto significativo, como quiera que, a todos se respondió desconociendo por parte del despacho la calidad de parte de Nicolls Feghali.

Durante el tiempo que estuvo como apoderado el doctor Julio César Ríos Sepúlveda no hubo actividad probatoria, no se hizo diligencia de inventarios y avalúos, no hubo participación ni adjudicación, pues la entonces menor durante el lapso de tiempo que fue representada por el citado profesional del derecho no alcanzo al ser reconocida como heredero, sino poco después el 29 de junio del 2015, siendo su abogada la doctora Sandra Milena Lotero Giraldo es que se logra el reconocimiento de su calidad de hija y pues obtiene el apellido de Nicolls Feghali.

Las actuaciones desplegadas por el doctor Julio César Ríos Sepúlveda contrario a lo considerado por el despacho dentro del proceso de sucesión, no son las que normalmente hace un apoderado judicial en un proceso de sucesión al hacerse parte, siendo así pues no puede considerarse como si hubiera realizado las actuaciones en su totalidad mucho menos como si el objeto relacionado con este proceso judicial se deba tener en cuenta como parte del cobro o más bien para justificar el cobro y la condena que es objeto de apelación.

En lo que tiene que ver con las actuaciones realizadas por el doctor Julio César Ríos Sepúlveda con ocasión de la asesoría de venta de derechos y acciones herenciales de Nicolls Feghali Vargas debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo indicado por el mismo demandante en sus intervenciones, tanto en el Consejo Superior de la Judicatura como en este despacho, pues siempre ha delegado o ha indicado que la responsable de dicho acuerdo fue la señora Yolanda Vargas González. Entonces no logra evidenciarse hasta dónde y cómo fue la asesoría que se debe considerar para justificar los honorarios que son objeto de condena.

Los documentos realizados por el abogado Julio César Ríos Sepúlveda, la negociación de los derechos y acciones herenciales de Nicolls Feghali Vargas, la promesa de venta de derechos y acciones herenciales dicho documento no fue elaborado por el demandante, el mismo demandante lo confía en su interrogatorio de parte, lo dice en el proceso ante el Consejo Superior de la Judicatura, también confiesa que la masa sucesoral era mucho el mayor, es decir, que hubiera ameritado un porcentaje mayor que el recibido por Nicolls Feghali, eso es prueba de la afectación sufrida por mi poderdante.

El análisis desplegado por el despacho frente a la actividad del demandante, frente a esta asesoría en venta de derechos y acciones herenciales, consideramos que no es procedente, es más, se tienen en cuenta las acciones adelantadas como si hubiera habido una actuación mayor dentro del proceso de sucesión intestada o él hubiera abierto el proceso de sucesión intestada, hubiera sido reconocido como parte del proceso de sucesión intestada, pero eso no ocurrió.

Tampoco se logra acreditar dentro del proceso qué en lo que tiene que ver con la actuación desplegada para la impugnación de las actas de asamblea hubiera sido determinante, hubiera generado presión para los procesos de negociación.

Consideramos respetuosamente que de acuerdo con las probanzas allegadas al plenario resulta desproporcionado el valor de los honorarios objeto de condena, en Colombia el Consejo Superior de la Judicatura a través de sus varios pronunciamientos, si bien es cierto pues existe dentro de este plenario un pronunciamiento que indica que las partes dentro del contrato puede pactar libremente sus honorarios, pues no es menos cierto que aquí justamente lo que se debate es la validez de esos múltiples documentos firmados entre las partes y cuando no existen documentos que den claridad acerca de los honorarios, ha dicho el consejo superior de la judicatura, que para efectos de determinar el valor de la gestión realizada por el abogado, se debe considerar el trabajo efectivamente desplegado por el abogado, el prestigio del abogado, la complejidad del asunto, el monto o la cuantía de la pretensión, la capacidad económica del cliente y no solamente la capacidad económica sino también la situación para poder determinar válidamente si estaba en condiciones de igualdad o no; y sobre todo aquella aspecto al que hacía referencia al despacho que tiene que ver con la voluntad de las partes que es la que se tiene que desentrañar en procesos como este.

No se tiene en cuenta entonces para efectos de determinar en la actuación o más bien, el valor de los honorarios relacionados con la actuación surtida por el demandante, la complejidad de los asuntos atendidos, ya lo hemos dicho, se considera que la complejidad de los asuntos atendidos, el monto de la cuantía de la pretensión no se compadece con los honorarios fijados.

Debe tenerse en cuenta que el proceso de impugnación e investigación de paternidad no tuvo una pretensión de tipo económico porque no hubo petición de herencia, también debe considerarse que si en gracia de discusión se tuviera en cuenta el valor de los bienes que hacen parte de la masa sucesoral o de los derechos que finalmente se le reconocieron a Nicolls Feghali, si se tuvieron en cuenta el monto de dichos valores para efectos de determinar el porcentaje del 13% pues deberá tenerse en cuenta la lógica establecida en la tabla de honorarios de abogados según la cual entre mayor sea la masa sucesoral menor es el porcentaje. Aquí el porcentaje no podía superar el 4% de acuerdo con la tabla de honorarios Conalbos de Abogado y si se tiene en cuenta la actividad que desplegó el actor, ni siquiera se podía llegar a un 4% de sumas de dinero.

De otro lado, el despacho, se considera con todo respeto se equivoca al momento de establecer la suma sobre la que se tiene que calcular el porcentaje o cuota litis, en gracia de discusión, como quiera que se reitera, que de acuerdo a la cláusula segunda de los documentos que se presentan con la demanda, en caso de que hubiera una cesión o venta derechos lo que se estableció por las partes, en gracia de discusión, es que el porcentaje sería calculado "sobre la cantidad de dinero que recibiera mi poderdante" y en este caso mi poderdante no recibió el monto en dinero que se indica por parte del despacho para efectos de establecer el porcentaje de la condena del 13%, téngase en cuenta que según la escritura 2277, la compraventa de derechos herenciales implicó el reconocimiento de una suma de dinero y también la entrega de unos bienes inmuebles y si tenemos en cuenta lo establecido dentro de dicha escritura para calcular el porcentaje pues habrá de considerarse que el valor recibido en dinero no asciende al monto de \$4'839.590.000 como lo indica de manera equivocada el juzgado.

Del valor recibido en dinero por parte de la actora fue inferior y así se evidencia con la relación que efectúa el mismo juzgado al momento de relacionar los valores recibidos, indicando que el valor en dinero correspondió la suma de \$2.800 millones de pesos, sobre ese monto, en gracia de discusión y si se le diera validez a los contratos que se considera no es procedente, se debería asumir el porcentaje que en todo caso no puede ser un porcentaje del 13% como lo indica el despacho.

Siendo así, se solicita al Honorable Tribunal la revocatoria de las condenas proferidas en contra de mis poderdantes o en su defecto, que sea revocada parcialmente la condena y se estipule los honorarios de conformidad a lo que se ha venido argumentando a lo largo del recurso y que también se ha venido argumentando dentro del proceso y eso es básicamente, cual fue el objeto del negocio, cual fue la actividad realmente desplegada por el actor, el hecho de que no sé acreditó la existencia de ningún pool de abogados y que la actividad en la forma en que se plantea y se reconoce por parte del despacho pues da lugar a un cobro excesivo por parte del demandante y que no puede dar lugar entonces a las condenas proferidas.

IV. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si las demandadas están llamadas a pagar honorarios al demandante.

Ante lo extenso y antitécnico del recurso interpuesto por la apoderada la Sala se ocupará de verificar los siguientes puntos.

1. Si conforme a la ley y al caudal probatorio es posible determinar que el demandante Julio Cesar Rios Sepúlveda prestó servicios a las demandadas.

2. Si las reales gestiones realizadas por el demandante ameritan el pago de honorarios y de ser positiva la respuesta, establecer si los mismos ya fueron cancelados o el actor perdió el derecho a reclamarlos por haber generado perjuicios a las accionantes en la negociación de derechos herenciales.
3. En el evento en que proceda el pago de honorarios definir si los contratos de prestación de servicios suscritos por Yolanda Vargas y el accionante carecen de validez, pues no representan la voluntad de la primera e incluyen gestiones que para el momento de la firma no se habían adelantado y por tanto su contenido no es verídico en cuanto a las fechas de suscripción y porcentaje pactado, adicionalmente porque la demandada estaba en desigualdad de condiciones para suscribirlo y por tanto dichos acuerdos no han de tenerse como una manifestación de voluntad de las partes, ni usarse como base para determinar la eventual condena.
4. Establecer si la suma determinada por el *a quo* es la realmente adeudada o debe modificarse para ser reducida en atención a los encargos ejecutados y los anticipos pagos parciales realizados por la demandada Yolanda Vargas.
5. .Determinar si es procedente declarar la excepción de falta de legitimación por pasiva y en consecuencia, si Nicolls Feghali debe ser absuelta de pagar honorarios profesionales por no haber contratado de manera directa los servicios del actor, pues para la época era menor de edad y no podía obligarse. A más, por no estar demostrado que se benefició de las gestiones profesionales adelantadas con anterioridad al fallecimiento de su padre Elías Feghali que no tuvieron que ver con los procesos de impugnación e investigación de paternidad ni con el de sucesión intestada y que solo beneficiaron a su progenitora esta que los canceló oportunamente.

Pues bien, sea lo primero señalar que quien ejerce la profesión de la abogacía o cualquier otra profesión liberal que genere honorarios, tiene derecho a reclamarlos, cuando esté demostrada la actividad para la cual fue contratado, en razón a que el contrato de mandato es oneroso, salvo que decida hacerlo de manera gratuita (CSJ SL 3273-2022).

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que quien pretenda el reconocimiento y pago de honorarios, debe demostrar que: i) Celebró un contrato para una gestión determinada, partiendo de la base que a las partes ha quedado la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, y si existe ese pacto, aquél se erige en la fuente que normalmente define la controversia generada, en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato; ii) Que la gestión contratada fue realizada y, iii) Que conforme con las reglas o clausulado celebrado entre las partes, se tasó un reconocimiento monetario. (CSJ SL 4902-2021).

El Órgano de cierre también ha adoctrinado que, cuando los honorarios se pactan a *cuota litis*, se hace necesario el acaecimiento de un resultado favorable, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL 39171, 22 nov. 2011, rememorada en sentencia CSJ SL2803-2020 en la que se señaló:

El contrato de mandato por ser bilateral no sólo comporta obligaciones en cabeza del mandatario; cuando es remunerado conlleva una obligación también esencial y concomitante para el mandante: pagar la prestación pactada que bien puede estipularse en un valor determinado que desde el principio del mandato se conoce, o puede ser aleatoria, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades, (cuota litis) bajo el entendido de que si no es posible ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional. También resulta perfectamente viable que se combinen las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante.

Pues bien, en el asunto bajo examen se tiene de conformidad con el contenido del documento de folios 15 a 18 que la demandada Yolanda Vargas González en condición de madre y representante legal de la menor Nicolls Vargas González hoy Nicolls Feghali Vargas, el 15 de octubre de 2013, suscribió contrato de prestación de servicios profesionales de abogado con el accionante Julio Cesar Ríos Sepúlveda con el siguiente objeto:

PRIMERA.- OBJETO.- El objeto del presente contrato es la prestación de los Servicios Profesionales de Abogado de EL MANDATARIO a LA MANDANTE, por causa y con ocasión de los siguientes procesos: **A) PROCESO DE SUCESIÓN INTESTADA** del señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI, quien en vida se identificaba con la Cédula de Ciudadanía No. 79.653.172 de Bogotá, fallecido en esta ciudad el día

12 de octubre de 2013, lugar de su último domicilio. **B)** Representación de la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ hoy NICOLLS FEGHALI VARGAS dentro del proceso de sucesión intestada del señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI, que cursa ante el Juzgado 22 de Familia de Bogotá D.C., radicado bajo el No. 2013-1160. **C)** PROCESO DE PARTICIÓN Y ADJUDICACIÓN ADICIONAL DE BIENES DEL CAUSANTE ELÍAS KAYSAR FEGHALI (Q.E.P.D.). **D)** Cualquier otro proceso judicial ante cualquier jurisdicción, tendiente a la defensa de los intereses de la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ hoy NICOLLS FEGHALI VARGAS, bien sea de impugnación de actas de asamblea de accionistas de la sociedad COMERCIALIZADORA KAYSAR CK SAS, procesos penales en condición de representante de víctimas por defraudación del capital accionario. **E)** El presente contrato se hace extensivo al proceso de IMPUGNACIÓN E INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD DE YOLANDA VARGAS GONZÁLEZ CONTRA ELÍAS KAYSAR FEGHALI y NAJI MICHEL FEGHALI, el cual cursa ante el juzgado diecisiete (17) de familia de esta ciudad, radicado bajo el No. 2007-1063, inclusive primera instancia, segunda instancia y recurso extraordinario de casación. Se obliga EL MANDATARIO a representar a LA MANDANTE en la representación y trámite de los mencionados procesos durante todas las instancias, en pro de la defensa de los intereses de la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ hoy NICOLLS FEGHALI VARGAS. **F)** Además, todos los trámites necesarios tendientes a la inscripción en el registro civil de nacimiento, de las sentencias de primera y segunda fecha 31 de Julio de 2012 y 28 de junio de 2013, proferida por el Juzgado 4º de Familia de Descongestión de Bogotá D.C. y por la Sala de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., respectivamente, a través de las cuales se declaró que el señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI (Q.E.P.D.) es el padre extramatrimonial de la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ, en adelante NICOLLS FEGHALI VARGAS.

PARÁGRAFO PRIMERO.- El presente contrato se hace extensivo aún hasta después de que la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ haya alcanzado la mayoría de edad y pueda ejercer su propia representación. Esto en el caso de que los procesos que se llegaren a adelantar en defensa de sus intereses no hayan concluido cuando la hoy menor alcance su mayoría de edad.-

PARÁGRAFO SEGUNDO.- Se hace necesario señalar que, mediante sentencia de fecha 31 de Julio de 2012 proferida por el Juzgado 4º de Familia de Descongestión de Bogotá D.C., confirmada por la Sala de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante fallo de fecha 28 de junio de 2013, se declaró que el señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI (Q.E.P.D.) es el padre extramatrimonial de la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ, en adelante NICOLLS FEGHALI VARGAS

SEGUNDA. HONORARIOS.- Los honorarios profesionales totales que LA MANDANTE reconocerá y que se obliga a cancelar a EL MANDATARIO ascienden a una suma de dinero equivalente al veinte por ciento (20%) sobre el valor comercial de los bienes muebles e inmuebles ó dineros que porcentualmente le correspondan a la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ hoy NICOLLS FEGHALI VARGAS, dentro de la sucesión del señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI (Q.E.P.D.), habidos como accionista único dentro de la sociedad COMERCIALIZADORA KAYSAR CK SAS ó a título personal, o sobre la cantidad de dinero que se le llegare eventualmente a cancelar por la venta de sus derechos y acciones herenciales.-

PARÁGRAFO PRIMERO.- En el evento de lograrse un arreglo o transacción en cualquiera de las instancias del proceso o procesos, los honorarios de EL MANDATARIO equivaldrán al mismo porcentaje anteriormente indicado y el pago será efectuado al momento de suscribirse cualquier acuerdo o transacción por parte de la contratante, relacionado a la venta de derechos y acciones que le corresponden o pueden corresponderle dentro de la sucesión del señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI.

PARAGRAFO SEGUNDO.- YOLANDA VARGAS GONZALEZ, le pagará al Doctor JULIO CESAR RIOS SEPÚLVEDA, el dos por ciento (2%) del valor total del dinero que le cancele la señora LIZETH SANABRIA RODRÍGUEZ, por concepto de lo que le corresponda a esta, es decir a SANABRIA RODRÍGUEZ como compañera del

señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI (Q.E.P.D), así sea por la porción conyugal o como compañera al declarársele la Sociedad Marital de Hecho

Ahora, en la misma fecha fue suscrito otro contrato que milita a folios 19 a 22, con idéntico contenido, salvo en el acápite de honorarios, pues esta vez fueron pactados en un 15%. Al respecto, ha de indicarse que en el libelo introductorio el demandante apenas pretende el pago de honorarios en un 13%, por haber sido este el porcentaje finalmente acordado con la demandada (fl 6).

Establecido el objeto del contrato pasa la Colegiatura a validar sí, fue ejecutado por el accionante y en consecuencia tiene derecho al pago de honorarios reclamados:

Proceso de impugnación del reconocimiento e investigación de paternidad adelantado por Yolanda Vargas González en representación de Nicolls Vargas González contra Elías Kaysar Feghali y Naji Michel Feghali. Adelantado ante el Juzgado Diecisiete de Familia. Radicación n.º 110013110017200701063

El objeto del proceso se centra en determinar que pese a que Naji Michell Feghali, reconoció como hija suya a Nicolls Vargas González, ella realmente es hija de Elías Kaysar Feghali, primo de aquel.

De conformidad con acta de folio 171, el 6 de agosto de 2007, fue repartida al Juzgado Diecisiete de Familia, demanda de investigación de paternidad interpuesta por Yolanda Vargas González contra Elías Kaysar Feghali y Naji Michel Feghali. Allí, fungió como apoderado de la actora **José Vicente Prieto Rincón** quien presentó el escrito inicial (fls 172 a 179 y 180 poder), el escrito de subsanación de la demanda (fls 203 y 204) y escrito de contestación a las excepciones denominadas inexistencia de relación genética de la menor Nicolls Vargas González o la menor Nicolls Feghali Vargas, pluralidad de relaciones sexuales por la época de la concepción actuación esta última que data del 10 de junio de 2008 (fls 224 a 226).

Se verifica que en audiencia de conciliación, saneamiento, decisión de excepciones previas y fijación del litigio adelantada el 17 de marzo de 2009, Yolanda Vargas González, confirió poder al hoy demandante Julio Cesar Ríos Sepúlveda para que la representara en el curso del proceso (fl. 242) quien adelantó las siguientes actuaciones:

Fecha	Actuación	Folio
31/03/2009	Solicitó al despacho abrir a pruebas	253
21/04/2009	Solicitó comisionar mediante exhorto al agente diplomático de Colombia en Beirut – Líbano para que practique la prueba de ADN solicitada a Naji Michel Feghali quien manifestó en repetidas oportunidades que por razones de seguridad no podía regresar a Colombia. Despacho niega comisión mediante exhorto por no existir tratado bilateral mediante auto del 19 de mayo de 2019 (fl. 258)	254
08/05/2009	Allegó al despacho constancia de la presentación de Vargas González y su hija y de la no comparecencia de Kaysar Feghali al Instituto Nacional de Medicina Legal para practicarse la prueba de ADN que se adelantaría el 6 de mayo de 2006	248
04/06/2009	Reiteró petición de librar exhorto	265
	Descorrió traslado recurso de reposición interpuesto por apoderada de Elías Kaysar Feghali contra el auto del 19 de mayo de 2009	266 y 267
03/07/2009	Allegó documento suscrito por Naji Michel Feghaly en el cual se da por notificado por conducta concluyente y manifiesta estar enterado de la existencia del proceso	268 a 271
27/08/2009	Dio respuesta recurso de reposición interpuesto por la apoderada Elías Kaysar Feghali contra el auto del 27 de julio de 2009 y reitera petición de exhorto	278 y 279
14/09/2009	Allega pliego de preguntas en sobre cerrado para ser absuelto por Elías Kaysar Feghali.	281
15/09/2009	Asistió a diligencia programada para las 8:30 a.m. para adelantar interrogatorio de parte a Elías Kaysar Feghali quien no comparece	274
15/09/2009	Asistió a diligencia programada para las 9:30 a.m. para escuchar testimonio de Gladys del Socorro Vilora Aguas quien no comparece	275
15/09/2009	Asistió a diligencia programada para las 10:30 a.m. para escuchar testimonio de Dora Cecilia Montejo Bolaños quien no comparece	276
01/10/2009	Juzgado resuelve recurso de reposición interpuesto por la	

	parte demandante, confirmando decisión inicial y concede recurso de apelación	
14/10/2009	Solicitó ordenar la práctica de la prueba de ADN a la demandante, su menor hija y a Elías Kaysar Feghali.	290
15/01/2010	Allega constancia de envío al demandado Elías Kaysar Feghali a través de Inter Rapidísimo de telegrama mediante el cual se le ordenaba comparecer al Instituto de Medicina Legal para practica de examen de ADN	299 a 303
22/01/2010	Por auto de la fecha, ante la renuencia de Elías Kaysar Feghali de asistir a la toma de muestra de sangre para la práctica de ADN, el Juzgado dispone su conducción. Para el efecto ordena oficiar a la policía metropolitana.	308
02/02/2010	Apoderado comparece a audiencia pública-interrogatorio de parte Elías Kaysar Feghali quien manifiesta no recordar a Yolanda Vargas González o haber sostenido relaciones sexuales con ella y negó haber solicitado Naji Michel Feghali reconocer a Nicol Vargas González.	310 a 311
02/02/2010	Audiencia fijada para las 10:00 a.m. para practicar el testimonio de Gladys del Socorro Aguas, que no fue escuchado como quiera que la declarante no se hizo presente. Se deja constancia de la comparecencia del apoderado de la parte demandante Julio Cesar Sepúlveda Ríos (JCRS) y de la inasistencia de la apodera de la parte demandada quien solicitó la prueba.	312
02/02/2010	Audiencia fijada para las 11:00 a.m. para practicar el testimonio de Dora Cecilia Montejo Bolaños, que no fue escuchado como quiera que la declarante no se hizo presente. Se deja constancia de la comparecencia del apoderado de la parte demandante JCRS y de la inasistencia de la apodera de la parte demandada quien solicitó la prueba.	313
05/02/2010	Apoderado JCRS informa al juzgado que el demandado Naji Michel Fegaly Vargas reside en la República del Líbano, razón por la cual no le es posible asistir a la práctica de la prueba decretada para el 17 de febrero de 2010.	309
19/02/2010	JCRS pone de presente al Juzgado que si bien no existe tratado internacional alguno con la República del Líbano la toma de la muestra de ADN a Naji Michel Feghali puede ser tomada en dicha nación con la intervención de los agentes diplomáticos colombianos con el kit suministrado por medicina legal que además tendría a su cargo el análisis de la muestra.	323

19/02/2010	Solicita fijar nueva fecha y hora para la realización de prueba científica de ADN como quiera que Elías Kaysar Feghali no compareció pese a ser notificado en audiencia. En atención solicitó su detención con fines de conducción.	324
12/03/2010	Solicita al Juzgado pronunciarse sobre solicitudes elevadas el 10 y 19 de febrero del 2010. Pone de presente que Naji Michel Feghali en conversación sostenida con Yolanda Vargas le puso de presente que el Consulado en Beirut está a la espera de la orden judicial para la toma de la prueba de ADN.	333
14/04/2010	Allega certificado de la inasistencia de Elías Kaysar Feghali para la toma de muestra de ADN, solicita tener tal conducta como indicio grave en su contra, dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil y declararlo confeso. Reitera práctica de prueba ADN a través de Consulado en Beirut.	337 a 343
21/04/2010	Juzgado dispone práctica de ADN a Elías Kaysar Feghali y conducción para la práctica.	344
12/05/2010	Allega copia de derecho de petición presentado por Yolanda Vargas al Ministerio de Relaciones Exteriores-Oficina de Asuntos Consulares y su respuesta mediante el cual se aclara que si bien el Consulado no practica pruebas de ADN con extranjeros si Naji Michel Feghali está de acuerdo el Juzgado puede librar exhorto para tal fin, por tanto lo requiere para que lo haga.	351 a 356
27/05/2010	Juzgado ordena librar exhorto a Cónsul en Beirut-Líbano a fin de que proceda tomar las muestras de epitelio bucal a Naji Michel Feghali. En adición oficiar al Instituto Nacional de Medicina Legal- Grupo de Genética Forense para que proceda remitir los formularios de cadena de custodia, consentimiento informado y kit correspondiente.	357
08/06/2010	Allega certificado de inasistencia a la práctica prueba de ADN de Elías Kaysar Feghali y pone de presente que la prueba ha sido ordenada nueve veces, lo que constituye una burla a la orden del Juzgado y a los derechos de la menor. De otra parte solicita indicar en el exhorto que al momento de tomar la prueba a Naji Michel Feghali además se le tome fotografía y huella dactilar a efectos de contribuir a la verificación de la identidad de dicho demandado.	358 a 360
22/07/2010	Solicita tomar medidas <i>correctivas y drásticas</i> frente a la inasistencia de Elías Kaysar Feghali para evitar que el proceso se siga dilatando.	378

08/08/2011	En cumplimiento de lo ordenado Acuerdo N° PSAA 11-8324 de 2011 proferido por la sala administrativa del Consejo Superior de La Judicatura se remite el proceso a los juzgados de descongestión.	380 a 381
30/08/2011	Dictamen Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses-Grupo de Genética Forense. «CONCLUSIÓN: NAJI MICHEL FEGHALI queda excluido como padre biológico de la menor NICOLLS» (negrilla fuera del texto)	381 a 382
14/09/2011	Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión avoca conocimiento.	383
15/12/2011	Solicita ordenar correr traslado para alegar de conclusión.	405
12/04/2012	Teniendo en cuenta <i>«la constante renuencia a las múltiples citaciones para la práctica de la prueba de ADN ordenada»</i> a Elías Kaysar Feghali Juzgado declara precluida la etapa probatoria. Se corre traslado a las partes para alegar de conclusión.	404
28/04/2012	Radicó alegatos de conclusión.	391 a 398
31/07/2012	Sentencia mediante la cual se niega la prosperidad de las excepciones y se declara: Que Nicolls Vargas González no es hija del demandado Naji Michel Feghali. En consecuencia se ordena la cancelación del Registro Civil de Nacimiento. Se declara que Elías Kaysar Feghali es el padre extramatrimonial de Nicolls nacida en Bogotá el 11 de junio de 1998 hija de la señora Yolanda Vargas González. Por tanto, en adelante dicha menor llevará los apellidos Feghali Vargas. Oficiar al funcionario encargado del estado civil para la corrección del nombre de la menor aquí filiada. Dispuso que el padre no tendría derechos de patria potestad sobre su hija y le ordenó pagar suma equivalente a la mitad del salario mínimo legal mensual vigente como cuota alimentaria.	396 a 403
13/08/2012	Apoderada De Elías Kaysar Feghali interpone recurso de apelación concedido por auto de 21 de agosto del 2012.	408 a 414
21/09/2012	Presenta alegatos de conclusión ante el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Familia.	416 a 423
21/09/2012	Presenta recurso de apelación adhesiva. Se opone a la <i>«irrisoria cuota alimentaria fijada por el a quo»</i> y solicita decretar pruebas de oficio.	424 a 427
06/02/2013	Tribunal ordena de oficio la práctica de prueba de ADN por parte de Servicios Médicos Yunis Turbay y Cía a la menor Nicolls Feghali Vargas, a su progenitora y a Elías Kaysar Feghali.	441

05/03/2013	Se allega constancia según la cual no se tomó la muestra para el estudio de ADN pues Elías Kaysar Feghali no se hizo presente.	442 a 443
06/03/2013	Tribunal fija nueva y última fecha para evacuar la prueba genética.	444
28/06/2013	Tribunal Superior de Bogotá-Sala Familia confirma sentencia de primera instancia	454 a 471
09/08/2013	Se concede el recurso de casación interpuesto por Elías Kaysar Feghali.	474 a 475
21/10/2013	Informa a la Corte Suprema de Justicia-Sala de Decisión Civil, Familia, Agraria que el demandado Elías Kaysar Feghali falleció el 12 de octubre del 2013 y pone de presente que la dilación del proceso mediante el recurso afecta los derechos fundamentales de la menor.	33 del cuaderno 6
22/10/2013	Solicita oficiar al cementerio Jardines de Paz a efectos de abstenerse de realizar o autorizar exhumación del cadáver de Elías Kaysar Feghali sin que exista autorización judicial.	34 a 35 del cuaderno 6
21/11/2013	Allega: 1. Memorial suscrito por la apoderada de Elías Kaysar Feghali (Q.E.P.D) mediante el cual desiste del recurso extraordinario de casación. 2. Memorial suscrito por Lizeth Johanna Sanabria Rodríguez en condición de madre y representante de la menor Kimberly Lizeth Feghali Sanabria heredera legítima reconocida del demandado fallecido mediante el cual desiste del recurso extraordinario de casación. 3. Registro civil de nacimiento de la menor Feghali Sanabria. 4. Memorial suscrito por Yolanda Vargas González en calidad de madre y representante legal de Nicolls a través del cual desiste de cobrar costas y agencias en derecho.	36 a 38 del cuaderno 6
21/01/2014	Solicita decretar el desistimiento del recurso extraordinario de casación y ordenar la devolución del expediente al tribunal. Pone de presente que el magistrado ponente presentó su renuncia y a la fecha no ha sido elegido su reemplazo. Además que los bienes que integran el acervo hereditario están siendo objeto de manipulación indebida y podrían causarse perjuicios.	41 del cuaderno 6
07/04/2014	Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil acepta desistimiento del recurso extraordinario de casación	46 a 48 del cuaderno 6

22/04/2014	Solicita abstenerse de dar trámite al recurso de reposición formulado por el señor Jean Feghali Waked, pues no es ni fue parte en el proceso.	49 del cuaderno 6
25/04/2014	Se pronuncia sobre el recurso de reposición interpuesto por Jean Feghali Waked quien pretende ser tenido como sucesor del demandado y solicita mantener el decreto de desistimiento.	51 a 56 del cuaderno 6
02/05/2014	Allegó copia de memorial mediante el cual se pronunció frente al recurso de reposición y solicita la corrección de la información registra en la página web de la rama judicial en la que se señala que no hubo pronunciamiento.	57 del cuaderno 6
29/05/2014	Corte Suprema de Justicia rechaza por improcedente la retractación que del desistimiento del recurso de casación hiciere Lizeth Johanna Sanabria.	62 a 63 del cuaderno 6
29/05/2014	Corte Suprema de Justicia rechaza por improcedente recurso de reposición interpuesto por Jean Feghali Waked.	67 a 69 del cuaderno 6
29/05/2014	Solicita compulsar copias ante la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura de los abogados Carlos Rivera Piracón y Juan Carlos Vélez Panqueva.	70 a 71 del cuaderno 6
06/06/2014	Solicita compulsar copias ante la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura en contra del abogado Juan Carlos Vélez Panqueva.	76 del cuaderno 6
06/06/2014	Solicita ordenar la devolución del expediente al tribunal.	77 del cuaderno 6
12/06/2014	Expediente ingresa al despacho para tramitar incidente de nulidad formulado por Boutros Kaysar Feghali quien se presenta como hermano del demandado.	78 del cuaderno 6
05/08/2014	Solicita resolver recurso de súplica por haber transcurrido más de 45 días sin que se emita decisión. Pone de presente que en el Juzgado 22 de Familia se adelanta proceso de sucesión de Elías Kaysar Feghali y el juez concedió término de cuatro meses para allegar registro civil de nacimiento de la menor con la anotación del fallo que decretó la paternidad.	79 del cuaderno 6
20/08/2014	Corte Suprema de Justicia rechaza de plano incidente de nulidad presentado por Boutros Kaysar Feghali.	79 a 81 del cuaderno 6
10/10/2014	Solicita rechazar de plano el recurso de súplica interpuesto por Lizeth Johanna Sanabria Rodríguez y mantener incólume la aceptación del desistimiento	84 a 89 del cuaderno 6

**Demanda de sucesión intestada de Elías Kaysar Feghali
interpuesta por Lizeth Sanabria Rodríguez como madre y
representante de Kimberly Lizeth Feghali Sanabria ante el Juzgado
Veintidós de Familia. Radicación n.º 110013110022201301600**

Fecha	Actuación	Folio
09/12/2013	Actuando como apoderado de la menor Nicolls Vargas González hoy Nicolls Feghali Vargas solicita que esta sea reconocida como heredera legítima quien acepta con beneficio de inventario. Implora al despacho tener a su progenitora como administradora de la herencia y fijar cuota provisional de alimentos en la suma de \$10'000.000. Igualmente, solicito el reconocimiento de personería jurídica para actuar.	124 a 129 del cuaderno 6
16/12/2013	Solicita medidas cautelares.	130 a 131 C.6
21/01/2014	Juzgado 22 de Familia dispone resolver la solicitud de medidas cautelares una vez Nicolls Vargas González y su apoderado Julio Cesar Ríos Sepúlveda se encuentren reconocidas.	132 C.6
11/02/2014	Juzgado resuelve recurso de reposición interpuesto por Julio Cesar Ríos Sepúlveda y señala que el documento con el que se pretende acreditar la calidad de heredero no es idóneo para tal fin. Se concede recurso de apelación en el efecto diferido.	133 a 134 C.6
12/03/2014	Tribunal Superior de Bogotá-Sala Familia resuelve recurso confirmando auto de primera instancia.	148 a 149 C.6
25/04/2014	Juzgado dispone no resolver recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por el Dr. Julio Cesar Ríos por no estar reconocido como apoderado para actuar en dicho asunto como quiera que aún no ha sido posible el reconocimiento de Nicolls Vargas Rodríguez en calidad del hijo del causante.	152 C.6
11/06/2014	Juzgado resuelve recurso de reposición y en subsidio apelación interpuesto por Julio Cesar Ríos contra el auto del 25 de abril de 2014 y confirma su decisión.	160 C.6

Ahora bien, según el contenido del folio 30 del cuaderno 6, Yolanda Vargas González radicó en el Juzgado 22 de Familia de Bogotá el 19 de junio de 2015, memorial mediante el cual revocó de manera definitiva el poder conferido al abogado Julio Cesar Ríos Sepúlveda y advirtió que a

partir de la fecha estaba impedido para radicar escrito alguno en su nombre o el de su menor hija.

Proceso abreviado de impugnación de actas de asamblea de accionistas seguido ante el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá. Radicación n.º 12 2014 00028.

Mediante demanda radicada el 19 de diciembre de 2013 (fl. 87, cuaderno 6) se pretendió la nulidad de acta de asamblea extraordinaria de accionistas N° 060 del 13 de noviembre del 2013, del acta aclaratoria de fecha 15 de noviembre de la misma anualidad y de todos los actos que se hayan generado o sido consecuencia de estas.

En el escrito introductorio el apoderado de la demandante **Javier Mauricio Ríos Pinilla** en representación de Nicolls Vargas González hoy Nicolls Feghali Vargas y Yolanda Vargas González expuso como fundamento de sus pretensiones en síntesis que, mediante acta de accionistas del 14 de julio del 2009 la sociedad por acciones simplificadas Comercializadora Kaysar CK S.A.S efectuó la transferencias de acciones en favor del socio Elías Kaysar Feghali quien se constituyó en accionista único de la sociedad, ante su fallecimiento y de conformidad con los estatutos el representante legal entro a reemplazarlo y mediante escrito del 5 de noviembre del 2013 envió comunicación a Lizeth Johanna Sanabria y otros entre los cuales estaba Jean Feghali solicitándoles iniciar de manera urgente el trámite de sucesión.

El último el 8 de noviembre del 2013, solicitó al representante legal suplente, convocar asamblea extraordinaria de accionistas a fin de presentarlo como accionista mayoritario y conocer el estado actual de la empresa; para el efecto, puso a disposición copia autentica de contrato privado con reserva de confidencialidad por medio del cual su hermano Elías Kaysar Feghali le cedió el 65% de las acciones.

Adujo que el 13 de noviembre de 2013, el representante Jaime Ernesto Gil Corredor y Abraham Feghali levantaron acta N°60 en la cual Jean Feghali Waked se hizo pasar y figurar de forma ilegal como el único

accionista y nombrar como representante legal principal. Posteriormente, el 15 de noviembre de la misma anualidad se suscribió acta aclaratoria de la anterior en la que se señaló que la primera de las asambleas se adelantó con la representación de la totalidad de las acciones y que las decisiones fueron tomadas y aprobadas con el 100% de las acciones (fl. 88 a 98 cuaderno 6).

Dentro de este proceso se pueden verificar las siguientes actuaciones:

Fecha	Actuación	Folio
12/03/2014	Allega certificación de notificación personal con resultado positivo.	100 a 103 C. 6
07/05/2014	Dentro del término del traslado se pronuncia frente a las excepciones de mérito formuladas por Jean Feghali Waked.	104 a 106 C. 6
07/05/2014	Dentro del término del traslado se pronuncia frente a las excepciones de mérito formuladas por Comercializadora Kaysar CK S.A.S.	107 a 111 C. 6
02/09/2014	Dentro del término del traslado se pronuncia frente a las excepciones previas denominadas cláusula compromisoria y falta de jurisdicción, pleito pendiente, no haberse presentado prueba de la calidad de heredera de la demandante y falta de juramento estimatorio.	120 a 123 C.6

Cesión a título de venta de derechos y acciones herenciales universales a Jean Feghali Waked.

De conformidad con la promesa de contrato vista a folios 25 a 29 del cuaderno n.º 6, Yolanda Vargas González en calidad de madre y representante legal de Nicolls Vargas González, se comprometió a transferir a Jean Feghali Waked la totalidad de los derechos y acciones herenciales y cualquier otro derecho que a título universal le llegare a corresponder a la menor dentro de la sucesión de Elías Kaysar Feghali.

Acordaron las partes que como para ese momento la menor estaba en proceso de reconocimiento como hija del causante en proceso n.º

11001311001720070106301 y por ello no, era posible suscribir la escritura pública de cesión prometida, desistirían de los recursos que se encontraban en trámite en la Corte Suprema de Justicia y una vez aceptados, suscribir la respectiva escritura. Yolanda Vargas además se obligó a *«radicar memorial antes del 01 de octubre de 2014, solicitando dar por terminado, por transacción»* el proceso que se adelantaba en el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2014 – 0028, lo que implicaba el reconocimiento de las asambleas de accionistas y las decisiones plasmadas en las actas n.º 60 13 de noviembre de 2013 y n.º 61 del 15 de noviembre de la misma anualidad.

También se comprometió a retirar todas las solicitudes de medidas cautelares sobre los bienes de la Comercializadora Kaysser CK S.A.S. presentadas ante el Juzgado 22 de Familia de Bogotá dentro de la sucesión del causante y ante cualquier otro despacho judicial y concertaron que para el efecto *«autoriza expresamente a su apoderado, el Dr. JULIO CESAR RÍOS SEPÚLVEDA para que proceda de conformidad. Los memoriales en donde se solicite el desistimiento de las solicitudes de medidas cautelares, deberán ser radicados por el apoderado de la PROMITIENTE CEDENTE VENDEDORA a más tardar el 01 de octubre de 2014...»*

A más que Yolanda Vargas como representante legal de la menor se comprometía a *«otorgar la totalidad de autorizaciones, firmas, aportar documentos, asistir a diligencias judiciales, o extrajudiciales y en general a realizar todas las actividades necesarias para obtener las autorizaciones de ley»* para cumplir lo prometido.

Convinieron los celebrantes el precio de la promesa en los siguientes términos:

1. Con la tradición y entrega material de los inmuebles ubicados en la Calle 38 A Sur No. 34D 51 ET1 Locales 2169 y 2170 Centro Comercial Centro Mayor, identificados con matrículas inmobiliarias número 50S 40541838 y 50 S 40541839 respectivamente. Los inmuebles que se transferirán y entregarán al momento de suscribir la escritura pública de cesión de derechos y acciones herenciales, que contendrá también esta venta de inmuebles, se entregarán por un valor de CINCO MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (COP\$5.000.000.000). De igual manera, con la enajenación de los inmuebles, se entienden incorporados los contratos de arrendamiento de los mismos y demás derechos que se deriven sobre estos.

2. La suma de DOS MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (COP\$2.500.000.000), mediante la constitución de un CDT, a nombre de la menor NICOLLS VARGAS GONZALEZ, en un banco de la ciudad de Bogotá. Esta apertura se realizará el día de la suscripción de la escritura pública que se eleve dando cumplimiento a la presente promesa de compraventa.
3. La suma de TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (COP\$300.000.000), mediante el pago de la cuota inicial por este mismo valor, de un apartamento a nombre de la menor NICOLLS VARGAS GONZALEZ, inmueble que será elegido por su representante legal, la señora YOLANDA VARGAS GONZALEZ. Este pago será realizado el día de la suscripción de la escritura pública de compraventa que dé cumplimiento a la presente promesa y será girado por EL PROMITENTE CESIONARIO COMPRADOR a la constructora o entidad que sea propietaria del apartamento, pago que se realizará como cuota inicial, quedando pendiente el saldo, el cual será cubierto por la PROMITENTE CEDENTE VENDEDORA.

Importa destacar que de conformidad con carta adiada del 29 de septiembre de 2014, vista a folios 23 y 24 del cuaderno 6 y que contiene diligencia de reconocimiento ante la Notaría 34 del Circulo de Bogotá Yolanda Vargas González, en calidad de madre y representante legal de la menor informó a Jean Feghali Waked:

PRIMERO.- La menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ representada legalmente por la suscrita, formuló demanda de IMPUGNACIÓN E INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD en contra de ELIAS KAYSAR FEGHALI (Q.E.P.D.) y NAJI MICHEL FEGHALI, la cual le correspondió al Juzgado 17 de Familia de Bogotá D.C., radicada bajo el No. 2007-1063, y en donde se profirió sentencia de primera instancia por el Juzgado 4º de Familia de Bogotá D.C., de fecha 31 de Julio de 2012, declarando que el señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI (Q.E.P.D.) es el padre extramatrimonial de la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ-

SEGUNDO.- Mediante fallo de segunda instancia de fecha 28 de junio de 2013, la Sala de Decisión de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con ponencia del Magistrado Dr. OSCAR MAESTRE confirmó la sentencia proferida en primera instancia.-
TERCERO.- Ante el Juzgado 22 de Familia de esta ciudad, se adelanta proceso de sucesión del señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI (Q.E.P.D.), fallecido el día 12 de octubre de 2013, en la ciudad de Bogotá D.C. lugar de su último domicilio.

CUARTO.- Con ocasión al proceso de sucesión anteriormente citado y a la declaratoria de paternidad, mi representada cuenta con vocación hereditaria para suceder al señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI, razón por la cual se efectuó a su favor negociación relacionada con la VENTA DE DERECHOS Y ACCIONES que le corresponden o pueden corresponder a la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ dentro de la sucesión del señor ELIAS KAYSAR FEGHALI

QUINTO.- Con ocasión a los procesos adelantados en favor de mi menor hija NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ, se ha adquirido y constituido en deudores a favor del Doctor JULIO CÉSAR RÍOS SEPÚLVEDA, por concepto de honorarios profesionales causados, en una cuantía en dinero equivalente al 13% de la totalidad de la venta efectuada.-

SEXTO.- De conformidad con lo anterior, la cantidad adeudada a favor del Doctor JULIO CÉSAR RÍOS SEPÚLVEDA equivale, en dinero, a la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$975.000.000.00).

SÉPTIMO.- Por lo anterior, de manera libre y espontánea EXPRESAMENTE AUTORIZAMOS al señor JEAN FEGHALI WAKED, para que de la suma adeudada con ocasión a la venta de derechos y acciones, descuente y cancele de manera directa y a nombre de la suscrita y de la menor NICOLLS VARGAS GONZÁLEZ, al Doctor JULIO CÉSAR RÍOS SEPÚLVEDA la suma antes mencionada. (subraya fuera del texto).

Ahora, mediante escritura pública n.º 2277 del 5 de noviembre de 2015, suscrita en la Notaría 34 del Círculo de Bogotá (fls 34 a 64 cuaderno 5), se protocolizó la venta de derechos herenciales a título universal de Yolanda Vargas González en calidad de madre de la menor Nicolls Feghali Vargas a Jean Feghali Waked. Instrumento en el que quedó consignado que para la fecha de suscripción no se había adelantado la audiencia de inventario y avalúo por tanto no se conocía con certeza el activo ni el pasivo de la sucesión y como quiera que el negocio jurídico era aleatorio las partes renunciaban recíprocamente a iniciar cualquier tipo de acción civil, penal o comercial. Acordaron como precio de la cesión la suma de \$4.839.590.000, una parte mediante la entrega de dinero y el saldo en dos inmuebles - locales comerciales, que la Comercializadora Kaysser CK S.A.S. trasladó Vargas en representación de su hija y a título de dación en pago, avaluados en \$2.039.590.000.

En el instrumento público quedó consignado en el párrafo primero del numeral quinto:

LA VENDEDORA garantiza bajo la gravedad del juramento que ha obtenido en debida y legal forma la licencia judicial para suscribir la presente escritura pública de CESIÓN DE DERECHOS Y ACCIONES HERENCIALES – VENTA dando cumplimiento a la normatividad vigente, sin que a la fecha de suscripción de la presente escritura la licencia pueda ser recurrida en forma alguna, o modificada impugnada , declarada nula, ineficaz, o que pueda sufrir cualquier alteración

Por otra parte, el demandante Julio Cesar Ríos Sepúlveda al rendir declaración de parte manifestó que inicialmente representó a la demandada Yolanda Vargas ante la Fiscalía porque fue denunciada por pérdida continua de mercancías, también fue su apoderado en una demanda de paternidad de la menor Nicolls y luego en otros procesos. Dijo que en 2004, ella le solicitó varios servicios profesionales *«y los fue cancelando a medida que ella podía porque había sido despedida de su trabajo con ocasión de la denuncia por hurto continuado»*. Admitió que recibió unos pagos, pero aseguró que corresponden a servicios prestados con anterioridad al contrato que hoy está cobrando, referentes a *patrimonio de familia* y los propios del negocio que la señora tenía y que quebró. Expuso que recibió pagos *«de a poquitos»*.

Informó que su hijo Mauricio Ríos Pinilla, también representó a la demandada cuando fue querellada por el ruido que generaba su negocio. Aquí precisó que otro de los abogados de su oficina el señor Vicente Prieto fue el encargado de instaurar la demanda de impugnación de la paternidad, pero luego le sustituyó el poder, y fue él quien continuó el mandato hasta instancias de la Corte Suprema.

Al ser cuestionado por los contratos suscritos con la demandada indicó:

El contrato que hay por el 20% fue cuando ella acordó conmigo diciendo “*doctor, hagamos un contrato para saber qué es lo que usted me va a cobrar*” yo le acordé el 20% de lo que se cobre, yo listo. Posteriormente, cuando ya, y puede ver en el contrato que hay una parte que dice, Lizeth Sanabria y ella iban a hacer una demanda como compañera permanente, si esa demanda se llevaba a cabo me daría a mí un porcentaje, como eso no se llevó a cabo, pues el contrato quedo sin efectos y luego dijimos, hagamos otro. Hicimos el segundo contrato por el 15% que fue el que ya quedo establecido. Ya al final, cuando ella ya arregló a satisfacción con el señor Feghali su negocio: - “*doctor rebájeme para poderle pagar*” y le dije, - listo. Le dije yo, le dejo esa vaina en 14% y dijo no, *dejémoslo en el 10 o 13%* y así se plasmó en documento. Hay un documento plasmado y ella lo firmó en la notaría 34, libre y voluntariamente lo firmó ella, ¿por qué? porque ella estaba feliz y contenta, porque estaba recibiendo su dinero, ella estaba en una situación muy difícil, es más, tal y como puede darse cuenta con las pruebas del proceso, ella hizo muchos negocios y ahí se dejó claro en ese aspecto como fue hizo ese negocio, porque lo hizo.

Expuso que los contratos fueron firmados en la fecha que contienen 15 de octubre de 2013, por los asuntos allí consignados que fueron aceptados por la poderdante. Explicó que cuando Elías Kaysar falleció la demandante lo llamó y le dijo *«listo, le tengo definidos todos los negocios»* a lo que él le contestó que debían suscribir un documento *pues ella me sugirió que también a ella las cosas le quedaran claras»*.

Explicó que la demanda radicada ante el Juzgado 22 de Familia no fue presentada por él, pero aclaró que junto con su hijo Javier Mauricio Ríos Pinilla, Yolanda Vargas y Lizeth sostuvieron varias reuniones para tocar el tema de la sucesión y que esta presentara la demanda y los otros la ayudarían, razón por la cual figuran en esa causa actuaciones desplegadas por él, que incluso le acarrearón una queja disciplinaria ante el Consejo, de la cual logró salir airoso. De otro lado, reiteró que el proceso de impugnación de la paternidad y de impugnación de actas fueron

iniciados por abogados de su bufete, para el primer asunto por José Vicente Rincón y para el segundo por su hijo Javier Mauricio Ríos Pinilla.

Aseguró que aunque asesoró a la demandada en la suscripción del contrato de transacción, fue ella quien por la cercanía que tenía con Pedro Feghali llegó a un acuerdo con unos avalúos que ella misma obtuvo, pues cuando él le sugirió e insistió en que previamente a la firma del documento hiciera un avalúo, esta le contestó que estaba estudiando *inmobiliaria*. Afirmó que lo único que hizo fue enviarle ese avalúo a Feghali y que la señora Vargas insistió en quedarse con los locales del sur porque los conocía bien.

A solicitud de la parte demandante se decretaron los testimonios de **Lizeth Sanabria, Javier Mauricio Ríos Pinilla y José Vicente Prieto Rincón**. La primera manifestó que trabajó con la demandada Yolanda Vargas, que el padre de las hijas de ambas es Elías Kaysar Feghali. Señaló que conoció al demandante Julio Cesar Ríos después del fallecimiento del padre de su hija en el 2013. Aseguró que conformaron un «*bloque conjunto*» para presentarse en la sucesión, por ello, en muchas oportunidades acompañó a Yolanda a la oficina del *Dr. Ríos donde él le brindaba la asesoría y pues él también me daba tips*. Informó que también hubo otro heredero «*Sebastián*» y los tres fueron contactados por el otro socio de la empresa y empezaron a tener acercamientos para venderle los derechos herenciales. Indicó que a muchas de estas reuniones asistió Nicolls Feghali Vargas, el hijo del demandante y el también abogado, Mauricio Ríos.

Dijo que fueron más de tres reuniones las que celebraron con Jean Feghali, que los tres herederos se pusieron de acuerdo para solicitar el mismo tope \$5.000.000.000, pero Feghali no accedió, por eso la testigo tomó la decisión de negociar de manera individual y obtuvo para su hija \$8.500.000.000, lo que le molestó a Yolanda Vargas y por eso no volvieron a hablar.

Aseguró que dependía del causante y estaba vinculada a la empresa, pero luego de su deceso le cancelaron el contrato de trabajo y no *tenía forma de obtener recursos*, su hija era muy pequeña y no tenía como cubrir

sus terapias del lenguaje y demás atenciones médicas, además no tenía como pagar la gestión de los abogados que podía demorarse muchos años, razones estas que la llevaron a suscribir primero el acuerdo. Luego, lo hizo Yolanda Vargas y finalmente *Sebastián* que fue el último en ser reconocido como hijo.

Refirió que Vargas pactó honorarios con el demandante a cuota litis, lo sabe porque lo conversaron y ella se lo manifestó, además era la única forma de la deponente que ella pactó un 10% y la demandante un porcentaje muy parecido. Informó que vio al demandante actuar en el proceso de sucesión, sabe que radicó varios memoriales con el objeto de que la menor Nicolls fuera reconocida como hija. También actuó en la casación y estuvo presente y asesorándolas en varias reuniones cuyo número y frecuencia dijo no recordar.

Aseguró *«Yolanda me dijo que no le había pagado al doctor porque estaba en un contrato de cuota litis, ahorita cuando después salió la sucesión que con eso pensaba pagarle. Si le pagó o no, no conozco antes del 2013, porque como le digo, yo la encontré a ella después del 2013.»*

El testigo **José Vicente Prieto Rincón** dijo ser abogado y conocer a las demandadas, pues fue quien instauró la demanda en el proceso de impugnación de la paternidad y reconocimiento de la misma ante los Juzgados 17 de Familia de Bogotá y 4 de Descongestión de la misma ciudad y esta gestión la adelantó como miembro del *pool* de abogados del demandante, por ello, además sabe que este representó a Yolanda Vargas en diferentes procesos, incluido el de impugnación de la paternidad. Refirió que el actor también la asesoró en la sucesión, en la venta de derechos sucesorales y otras actuaciones, lo que le consta porque todos estos asuntos se ventilaban y comentaban en la oficina en la cual además en varias oportunidades se hicieron presentes las demandadas. Dijo que en la contabilidad de la empresa nunca se reflejaron pagos realizados por Vargas. Cree que en 2014, firmaron contrato.

El deponente **Javier Mauricio Ríos Pinilla** dijo ser hijo del demandante y conocer a las demandadas desde el 2014, cuando terminó

la carrera, pero sabe que su padre las atendía desde antes, que defendió a Yolanda Vargas ante la fiscalía, pues fue denunciada por hurto continuado, también la representó en el proceso laboral por despido injustificado. En 2004, inició una demanda en contra de Elías Kaysar por paternidad, la cual terminó por conciliación pues el demandado ofreció una contraprestación por desistir que consistió en un almacén que Vargas González denominó *Promociones Nicolls*; no obstante, con posterioridad la representó en una demanda de impugnación de paternidad. Aseguró que cuando Kaysar falleció, la demandante contactó a su padre para que la también la representara en todas las actuaciones a seguir.

Explicó que siempre en las *juntas de revisión de expedientes* de la oficina se trataban los casos y aunque él mismo y el abogado José Vicente Prieto Rincón representaron a las demandadas, lo hicieron a través de la oficina y bajo la dirección de su padre el demandante Julio Cesar Ríos Sepúlveda. Relató que incluso su progenitor le hizo préstamos a las demandadas para viajar a Panamá a hacer averiguaciones financieras e indagar sobre la existencia de otros hijos. Luego, Yolanda le presentó a Lizeth Sanabria quien era la madre y representante de la otra heredera Kimberly Feghali y buscó acercamientos con el otro heredero *Sebastián*, ella procuraba reuniones con el hermano de causante para llegar a un acuerdo en bloque, pero finalmente cada uno decidió hacerlo por separado.

En consecuencia, el proceso de sucesión no terminó, pues cada quien vendió sus derechos sucesorales. Preciso que estuvo presente en la diligencia de inventarios y avalúos, por sustitución de poder, pero la misma no se adelantó porque el juez determinó que había derechos de otros herederos por reconocer y quedó suspendida.

Expuso que su padre asesoró a la demandada sobre la negociación, le sugirió hacer el avalúo de los inmuebles que estaba interesada en recibir y ella buscó los avalúos y optó por dos locales en el centro comercial Centro Mayor. Informó que el documento que concretó el acuerdo de pago de honorarios lo elaboró Jean Feghali y Yolanda Vargas los suscribió. Relató que su padre y Vargas pactaron el pago de honorarios en un 13% y aclaró que inicialmente se habló de un 20%, pero la demandada pidió

rebaja. Admitió haber transcrito, el documento en el que la demandada se comprometió a pagar los honorarios, el mismo día y horas antes que se diera la firma de la cesión de derechos herenciales a Jean Feghali

Respecto de los recibos obrantes en el expediente señaló que corresponden a fechas anteriores incluso a la presentación de la demanda de impugnación de paternidad. Al punto, dijo que su padre fue denunciado por cobro excesivo de honorarios pero el Consejo determinó impróspera la intención.

A solicitud de la parte demandada fueron decretados los testimonios de Jhon Sebastián Feghali Velasco, Carmen Cecilia Flórez Prada, **Gloria Stella Martínez Velandia, Luz María de Ramírez y Marisol Aranza Poveda**. Los dos primeros no fueron escuchados como quiera que la parte desistió de su práctica.

La testigo Gloria Stella Martínez Velandia, dijo que Yolanda Vargas fue su jefe en la Comercializadora Kaysar, luego se retiraron de esta empresa y aquella montó un almacén al que la testigo fue a trabajar como cajera, allí manejó el dinero desde el 2005 hasta el 2009, por ello, le consta que el demandante le adelantaba un proceso sobre *el reconocimiento de la hija* a y por eso iba a pedir plata al almacén y se le hacían vales para tener el control. Dijo que siempre fueron sumas pequeñas \$30.000, \$50.000 *no eran cantidades grandes* salvo una vez que le dio un cheque por \$1.000.000, el dinero lo recogía el demandante o su hijo y esto sucedía aproximadamente una o dos veces al mes durante los años 2006 y 2007. No conoce si pactaron honorarios o firmaron algún contrato por los mismos.

La testigo **Marisol Aranza Poveda** es abogada quien representa a la demandada Yolanda Vargas en algunos procesos. Dijo que fue **contrata** para adelantar un proceso disciplinario en contra del demandante por su deslealtad, como profesional, por el mal asesoramiento y la no expedición de recibos por honorarios y la venta de derechos herenciales, pero el proceso fue archivado.

Señaló que el demandante por las asesorías que brindó a la demandada nunca suscribió contrato, pero si lo hizo cuando se dio la negociación de la venta de derechos herenciales, en esta oportunidad se firmaron 3 contratos con tres porcentajes de contraprestación distintos. Allí se mencionan varios trabajos, pero realmente corresponden a un solo objeto. Dijo que ella misma realizó la propuesta de cancelación de honorarios en la cual se le ofrecieron al demandante \$100.000.000, por la filiación y se le concedió un término de 15 días para manifestarse, pero este guardó silencio.

La deponente **Luz María de Ramírez** informó que es amiga de la demandada desde hace más de 25 años. Que se dedica a la restauración de maniqués lo que la llevó a contactar en el año 1995 a Feghali y allí empezó a tratar a la Yolanda Vargas que era la encargada. Luego, en 2004, 2005, cuando esta montó su almacén la testigo fue supervisora aproximadamente año y medio, después, continuó su relación de amistad y paso a ser como su mensajera, la persona de confianza para la compra de mercancía y el diligenciamiento de papeles, esto sucedió como hasta 2010 o 2012

Dijo que el demandante Dr. Ríos hacía memoriales, ella iba a la oficina, los recogía, Yolanda Vargas los firmaba y ella los radicaba, también verificaba lo que salía en los *edictos* y les informaba, esto lo hizo hasta cuando salió el fallo del Tribunal, que en varias oportunidades le llevó dinero a la oficina y cuando él no tenía afán le firmaba los recibos de caja de lo contrario le decía que lo haría en el local.

Analizados en conjunto los medios de convicción señalados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo la Sala concluye que el demandante demostró suficientemente haber prestado servicios profesionales a las demandadas en lo que importa al proceso, desde el 6 de agosto de 2007 (fl 171 cuaderno 6), cuando fue interpuesta la demanda de impugnación de la paternidad hasta el 19 de enero de 2015, data en que se informó al Juzgado 22 de Familia de Bogotá sobre la revocatoria del poder (fl. 30 cuaderno 6), es decir por un periodo superior a 7 años.

Vale indicar que el proceso de impugnación de paternidad que culminó con el reconocimiento mediante sentencia judicial de la menor Nicolls como hija de Elías Kaysar Feghali, fue adelantado en su totalidad por el demandante, pues aunque el abogado José Vicente Prieto Rincón tuvo a su cargo la presentación de la demanda, lo cierto es que lo hizo como miembro de la oficina de abogados del actor, pues así coincidieron en señalarlo el Julio Cesar Ríos Sepúlveda al rendir declaración de parte, el referido profesional y el también testigo Javier Mauricio Ríos Pinilla a quienes les consta tal situación de manera directa pues trataban los casos en la oficina, en reuniones de trabajo.

A más de lo anterior, no es posible olvidar que en la queja disciplinaria radicada en contra del actor, la demandante a través de su apoderada manifestó que aquel le dijo que como había sido contraparte del señor Elías en el proceso penal «no quería que se diera cuenta que era el mismo, que el asía (sic) todo, pero firmaba un amigo colega». Este mismo relato se encuentra consignado en misiva adiada del 19 de junio de 2015 (fls 720 a 723) en la que la demandada le ofrece al promotor del juicio cancelarle honorarios en la suma de \$100.000.000. En consecuencia, aunque la parte demandada pretenda ahora desconocerlo, las pruebas apuntan indiscutiblemente a señalar que el proceso fue acompañado y asesorado por el actor.

Así las cosas, revisadas las múltiples actuaciones evidencia la Sala que la actividad desplegada por el demandante para obtener el resultado favorable de las pretensiones es evidente, pues gracias a su gestión y a las luces que dio, el Juzgado accedió, luego de varias negativa, a ordenar la toma de la muestra correspondiente para la prueba de ADN a través del Consulado de Colombia en Beirut a Naji Michel Feghali y con ella determinar que este, pese a haber reconocido a la menor Nicolls, no era su padre biológico. Lo anterior, aunado a la reiterada renuencia de Elías Kaysar Feghali de comparecer al Instituto de Medicina Legal, pese a las múltiples citaciones promovidas por el demandante, llevó tanto al Juzgado de conocimiento como al Tribunal a determinar que aquel era su padre.

En adición, ante la interposición del recurso de extraordinario de casación el actor tramitó lo desistimientos y la firmeza de la decisión. No olvida la Sala que la demandada aduce que el promotor del juicio no gestionó, ni logró la inscripción de la sentencia en el registro civil de la menor, empero ello no desvirtúa en manera alguna la gestión adelantada por años y sin la cual no hubiere sido posible el reconocimiento de la menor y a la postre la obtención de los derechos herenciales ya conocidos en el proceso.

Por otra parte, tal como indica la parte demandada el promotor del juicio no fue reconocido como apoderado en el proceso de sucesión intestada de Elías Kaysar Feghali, pero ello, no le impidió al profesional presentar ante el juzgado correspondiente memoriales peticiones siempre en defensa de los intereses de la menor como se vio en su oportunidad

Con todo, vale recordar que la testigo Lizeth Sanabria, madre de la también heredera Kimberly Feghali, manifestó que sostuvo reuniones con Yolanda Vargas y su apoderado el aquí demandante Julio Cesar Ríos para conformar un bloque en la sucesión y defender los derechos de los hijos y este le dio *tips* para actuar en el proceso ya que la testigo era la madre de la única hija reconocida del causante y por tanto, las llamada a instaurar la demanda y aunque en este proceso no se emitió sentencia, ello obedeció a que los herederos llegaron a un acuerdo para vender sus derechos herenciales.

En cuanto al proceso de impugnación de actas se tendrá que el actor está facultado para cobrar la gestión realizada por su hijo el también abogado Javier Mauricio Ríos Pinilla, pues este, aceptó al rendir testimonio, que ejecutó el encargo como abogado de la oficina que lidera su padre y bajo su dirección y coordinación, pues los asuntos eran tratados en las reuniones de trabajo. Además, que tales servicios no le fueron retribuidos directamente. Importa destacar que este proceso tampoco culminó, pero ello obedeció a la negociación y venta de los derechos de los herederos.

De otro lado, respecto a la venta de derechos herenciales, conforme al dicho de la testigo Lizeth Sanabria, el accionante acompañó a las demandadas a varias reuniones en las que buscaban llegar a un acuerdo en bloque que beneficiara a los tres hijos, frente a las negociaciones con el accionista Jean Feghali, este último que reconoció tal circunstancia al rendir testimonio en el proceso disciplinario que Yolanda Vargas siguió en contra del actor. En adición, en la promesa de contrato en el parágrafo de la cláusula cuarta de la cesión a título de venta de derechos y acciones herenciales universales visto a folio 25 a 29 del cuaderno 6, se indicó que Ríos Sepúlveda como apoderado de Yolanda Vargas debía tramitar ante el juzgado la solicitud de desistimiento de medidas cautelares.

De conformidad con las anteriores reflexiones, como quiera que fue posible constatar la continuidad en la prestación de los servicios por parte del profesional y el cumplimiento de la gestión adelantada por este, resulta claro que está facultado para cobrar honorarios por su gestión profesional, pues desarrolló el objeto consignado en los contratos de folios 15 a 22 relacionado con la representación de la menor Nicolls Vargas González hoy Nicolls Fegahli Vargas en el proceso de sucesión intestada, impugnación de actas de accionistas de la Comercializadora Kaysser CK S.A.S. el proceso de impugnación e investigación de la paternidad.

Ahora, las demandadas cuestionan la validez de los contratos de prestación de servicios, pues tienen como objeto adelantar actuaciones que para la fecha de suscripción no se habían concretado.

Al punto, vale recordar que los contratos tienen fecha de 15 de octubre de 2013, esto es, pasados tres días del deceso de Elías Kaysar Feghali. En aquella data el proceso de impugnación de la paternidad que inicio el 6 de agosto de 2007 (fl. 171 c 1), aún se encontraba en curso y en la Corte Suprema de Justicia a espera de resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el Feghali el 9 de agosto de 2013 (fls 474 y 475), luego de haber sido declarado padre de la menor tanto en el juzgado como en el Tribunal Superior de Bogotá, por tanto no es extraño que dicho asunto se hubiere incluido en el contrato de la manera tan explícita como quedó escrito.

Ahora, tanto el proceso de sucesión que cursó ante el Juzgado 22 de Familia de Bogotá y el de impugnación de actas de asambleas de accionistas ante el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá iniciaron con posterioridad al 15 de septiembre de 2013, data consignada en los contratos, empero ello, no tiene la entidad de restarle validez a sus efectos jurídicos como quiera que el objeto del mismo se adelantó al menos en cuanto a los procesos de los que se ha ocupado la Sala ampliamente, según se desprende del análisis conjunto de los medios de convicción arrimados al proceso.

En el mismo sentido considera la Sala que Yolanda Vargas González, es una persona plenamente capaz que no padece de limitaciones psíquicas o de comportamiento, que le impidieran comprender el alcance de sus actos, por tanto facultada para emitir una declaración de voluntad y contraer obligaciones para sí y para su hija, quien no demostró que en la suscripción del contrato se configuró un vicio del consentimiento, o que el objeto o la causa de aquel eran ilícitos. En consecuencia, la mera afirmación de que se trataba de una persona sin formación académica y por tanto en desigualdad de condiciones respecto del abogado, en manera alguna puede conducir a restarle efectos jurídicos al contrato de prestación de servicios, máxime en el entendido que la asesoría profesional fue contratada en razón de los conocimientos especializados del litigante.

Con todo, vale recordar que el juzgado tomó en consideración para determinar el porcentaje acordado por honorarios, la misiva con presentación personal, enviada por la demandante a Jean Feghali en donde le solicitaba pagar de manera directa al actor por sus servicios profesionales \$975.000.000.

En otro punto, alegan las demandadas que la gestión del promotor del juicio no debe ser compensada, pues la misma fue negligente y perjudicó los intereses de la entonces menor Nicolls Feghali.

Sobre el particular, baste a la Sala con señalar, que gracias a la gestión del demandante la menor logró ser reconocida mediante sentencia

judicial en primera y segunda instancia como hija del causante Elías Kaysar Feghali y por esta razón pudo constituirse como heredera y llegar a un acuerdo de promesa de venta de derechos herenciales con Jean Feghali.

En cuanto al monto recibido por este concepto ha de precisarse que la parte demandada no demostró el valor real al que ascendía la masa sucesoral del causante para determinar el perjuicio al que hace referencia, tampoco el monto que recibieron los demás herederos, apenas se tiene noticia, por lo dicho por la testigo Lizeht Sanabria que su menor hija Kimberli, quien para la muerte del causante estaba reconocida como hija legítima, vendió sus derechos en la suma de \$8.500.000 y que se pactó una cláusula por incumplimiento de \$3.000.000.000.

Al punto, de conformidad con la promesa de contrato de cesión a título de venta de los derechos herenciales (fls 25 a 29) Yolanda Vargas y Jena Feghali pactaron la entrega a esta de dos inmuebles avaluados en \$5.000.000.000, la consignación en cuenta bancaria de \$2.500.000.000 y \$300.000.000 para cubrir el pago de la cuota inicial de un apartamento, es decir que se pactó la venta de derechos en \$7.800.000.000 y aunque en la escritura pública n.º 2277 del 5 de noviembre de 2015, elevada ante la Notaría 34 del Circulo de Bogotá mediante la cual se protocolizó la venta de derechos herenciales quedó consignado que los dos inmuebles estaban avaluados apenas en \$2.039.590.000, ello obedeció a que Vargas pidió que se tomara el avalúo catastral por ser inferior que el comercial, según informó el otro interviniente en el negocio jurídico señor Jean Feghali, al rendir testimonio en el proceso disciplinario. En todo caso, esto escaparía a la responsabilidad del demandante, pues para la suscripción del instrumento público Yolanda Vargas acudió acompañada de un apoderado diferente.

Como se aprecia la diferencia entre la suma prometida a Nicolls y la obtenida por Kimberly no es sustancialmente diferente. Con todo, de haberse incumplido el acuerdo y no haber recibido los \$7.800.000.000 prometidos, Vargas González hubiera podido hacer efectiva la cláusula penal de \$5.000.000.000, pero ello no se mencionó, menos se probó en

este proceso y la Sala no lo analizará de fondo pues no hace parte del extenso recurso de apelación.

Vale recordar que según el dicho de los testigos, inicialmente los tres herederos pretendieron hacer una negociación en bloque y en estas condiciones les fueron ofrecidos a cada uno \$5.000.000.000, por ello, decidieron negociar de manera independiente. Es decir, que se obtuvo un monto superior al que les fue anunciado en conjunto.

No pasa por alto la Sala que la demandada aportó documento queja disciplinaria interpuesta contra el demandante (fls 526 a 535) en la que se narra que el abogado no desarrolló el encargo verbal encomendado, que fue descuidado, que incurrió en conductas inapropiadas como solicitar dinero para supuestamente entregarlos a empleados en la Corte Suprema de Justicia y en el Juzgado de Familia y para ese cometido obligó a la Yolanda Vargas a suscribir pagarés por las sumas de \$15.000.000 y \$70.000.000, los cuales retiene, al igual que documentos originales relacionados con el pago de la pensión, original del dictamen de fallecimiento Elías Kaysar y prueba de grafología de Jean Feghali Waked.

No obstante, se advierte que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura mediante auto proferido el 22 de mayo del 2018, ordenó la terminación de la investigación disciplinaria seguida contra el abogado Julio Cesar Ríos Sepúlveda, decisión que fue confirmada por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 21 de noviembre del 2018 (fl. 635 a 683). Como fundamento de su decisión esta corporación determinó que: El abogado Julio Cesar Ríos Sepúlveda no incurrió en la falta *«de aconsejar, patrocinar o intervenir en actos fraudulentos en detrimento de intereses ajenos, del Estado o de la comunidad»* pues aconsejó a la quejosa y quien finalmente tomó la decisión de firmar el acuerdo fue esta. Concluyó que el cobro de honorarios *«no es excesivo ni desproporcionado y mucho menos afecta el patrimonio de la quejosa»*

Estableció que la quejosa no demostró haber recibido del abogado Ríos Sepúlveda la suma de \$70.000.000 o que dicho monto hubiera sido

cancelado a magistrada alguna de la Corte suprema de Justicia, relató que el proceso de impugnación duró 8 años de los cuales tan solo uno estuvo en la Alta Corporación, a más el pagaré tiene fecha de suscripción del 21 de abril de 2014 y la decisión de la Corte fue emitida días antes, esto es el 7 de abril de la misma anualidad.

Vale destacar que en la decisión se indica que comparecieron como testigos, entre otros, Lizeth Sanabria y Jean Feghali Waked, que la primera manifestó que el Dr. Ríos representó a Yolanda Vargas en el proceso de impugnación de la paternidad. De otro lado, que *«cuando murió Elías Feghali el señor Jean Feghali apareció con un documento privado hecho en Panamá con una participación del 65% de la sociedad.»* que ella y la quejosa viajaron a Panamá y que el Dr. Ríos fue quien les prestó el dinero para desplazarse a ese país y que para garantizar la obligación hipotecaron la casa de propiedad de la pareja, del compalero de Yolanda Vargas. También expresó que en varias ocasiones se reunieron los herederos con sus respectivos abogados para hablar sobre la venta de derechos herenciales y que no percibió que el allí investigado ejerciera presión sobre la denunciante para realizar la negociación. Además señaló que en el contrato de cesión de venta de derechos herenciales se pactó una cláusula penal de \$3.000.000.000.

Por su parte, el allí testigo Jean Feghali, manifestó que conoció a Yolanda Vargas porque era empleada de la empresa Kaysser a la menor Nicolls Feghali la conoció luego de la muerte de Elías Feghali. Dijo que llegó a un acuerdo con la quejosa y explicó:

donde ella le vendía al testigo los derechos herenciales de la menor por \$7.500.000.000, adicional le dio una cuota de \$300.000.000 para la cuota de un apartamento, se acordó que ella quedaba con dos locales comerciales en un Centro Comercial, porque estaban arrendados por \$13.000.000 mensuales aproximadamente, la quejosa mandó a hacer el avalúo catastral, le entregó los locales y el resto del dinero en efectivo por medio del Banco.

En todas las negociaciones afirmó el testigo que el abogado siempre acompañó a la quejosa, inclusive en la Notaría al momento de firmar la promesa de compraventa, indicó que no evidenció en ningún momento que el abogado ejerciera presión sobre la señora Vargas para negociar, por el contrario él era quien presionaba al testigo, así mismo, resaltó que el valor total que acordaron de la venta fue de \$7.800.000.000, manifestó bajo la pregunta realizada por el *a quo* que en la escritura se estipuló el valor de \$4.839.590.000 porque el valor catastral era menos (sic) y la quejosa para no pagar impuestos quiso que se estipulara ese valor, igualmente, señaló el testigo que fue él quien pagó los derechos notariales, el

testigo manifestó que en el contrato había una cláusula penal la cual había dicho la quejosa que si el testigo no cumplía se la iba a hacer exigible.

En la decisión se puede leer que el testigo también indicó que el día de la negociación Yolanda Vargas la cambió y él se fue, luego ella salió a buscarlo y suscribieron el acuerdo y que el día de la firma de la escritura pública ella llegó con otra apoderada. Refirió que durante un año mientras salía la licencia judicial para la venta de los derechos herenciales Vargas le solicitaba dinero prestado respaldada por una letra o pagaré (fls 638 a 683 cuaderno 4).

Al amparo de estas consideraciones la parte demandada no allegó elementos de convicción que permitan a la Sala determinar que el promotor del juicio incurrió en actos de deslealtad o que constriñó a la demandada Yolanda Vargas a suscribir, en contra de su voluntad, promesa de venta de derechos herenciales en una suma irrisoria que resultara desproporcionada respecto del total de la masa sucesoral o lo recibido por los otros hijos y que por tanto haya perjudicado los derechos de Nicolls Feghali. Así pues, estos argumentos no permiten a las demandadas, como se pretende en el recurso, eximirse de pagar la acreencia debida.

Pasa ahora la Sala a verificar la determinación de los honorarios, pues la pasiva solicita revocar la condena impuesta o en su defecto disminuirla por considerarla excesiva en atención a la complejidad de los asuntos atendidos, a que el en el proceso de impugnación e investigación de la paternidad no hubo petición de herencia y tomar en cuenta no el 13% de lo que le correspondió a Nicolls Feghali, sino máximo el 4%, conforme a la tabla de honorarios de Conalbos. Igualmente, dar valor a los anticipos realizados.

Sea lo primero contextualizar que el promotor del juicio pretendió el pago de \$975.000.000, el Juzgado estableció que las demandadas están obligadas a cancelarle por su gestión profesional, \$627.046.700 que corresponden al 13%, de lo recibido por la menor Nicolls Feghali de conformidad con la escritura pública n.º 2277 del 5 de noviembre de 2015 (fls 693 a 707).

La Corporación Colegio Nacional de Abogados – Conalbos ha señalado que es necesario fijar pautas o derroteros a fin de que, tanto el profesional del derecho como el cliente, cuenten con una política definida frente a la fijación de los honorarios, para evitar la competencia desleal en el ejercicio de la profesión, para el efecto, ha previsto que su estipulación debe hacerse por escrito y claramente tomando en consideración aspectos como la gestión encomendada, las condiciones económicas del poderdante, la dificultad para sacar adelante las pretensiones, la cuantía, la experiencia profesional y trayectoria del abogado.

Señala que las tarifas fijadas podrán ser disminuidas hasta en un 50% cuando los procesos terminan por conciliación o transacción *«De todas formas se tendrá en cuenta la actividad del profesional como determinante para obtener un arreglo por la vía rápida. Como lo que interesa es la eficacia profesional, puede el abogado a su arbitrio, cobrar las mismas tarifas aquí fijadas para el proceso. De cualquier manera, pueden convenirse honorarios profesionales que respeten la equidad y la justicia pero, para que tengan eficacia, deben ser estipulados previamente por escrito.»*

Vale indicar que las tarifas fijadas por Conalbos son criterios auxiliares que ayudan a verificar la proporcionalidad entre lo cobrado y el trabajo desempeñado, pero no son valores fijos e inamovibles, por tanto, no es reprochable que el abogado cobre honorarios por encima de los sugeridos, en tanto la gestión se haya realizado de forma debida y el monto haya sido acordado libremente con su poderdante.

Al punto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.602 y 1.603 del Código Civil los contratos son ley para las partes y deben ejecutarse de buena fe y obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenece a ella. Así las cosas, los contratos se celebran para cumplirse y, por ende, la desatención de los compromisos surgidos de ellos por sus celebrantes, constituye una franca violación de la ley contractual, comportamiento que, como cuando se quebranta la ley ordinaria o general, es repelido por el derecho.

En los contratos de prestación de servicios que ocupan la atención de la Sala (fls 15 a 22), Yolanda Vargas se obligó a pagar honorarios al promotor del juicio sobre el valor comercial de los bienes muebles e inmuebles o dineros que porcentualmente le correspondieran a la menor Nicolls Feghali Vargas, dentro de la sucesión habidos como accionista único dentro de la sociedad Comercializadora Kaysar CK SAS o a título personal, o sobre la cantidad de dinero que se le llegare eventualmente a cancelar por la venta de sus derechos y acciones herenciales. Además acordaron:

PARÁGRAFO PRIMERO.- En el evento de lograrse un arreglo o transacción en cualquiera de las instancias del proceso o procesos, los honorarios de EL MANDATARIO equivaldrán al mismo porcentaje anteriormente indicado y el pago será efectuado al momento de suscribirse cualquier acuerdo o transacción por parte de la contratante, relacionado a la venta de derechos y acciones que le corresponden o pueden corresponderle dentro de la sucesión del señor ELÍAS KAYSAR FEGHALI.

El alcance del contrato evidencia que el hecho que los procesos de impugnación la paternidad, sucesión y el de impugnación de actas no se hayan adelantado hasta su terminación, en manera alguna se constituye en un impedimento para reconocer al accionante su gestión profesional, pues expresamente acordó con Yolanda Vargas, quien actuó en representación de su menor hija Nicolls Feghali, que en el evento de lograrse un acuerdo los honorarios pactados serían debidos en su totalidad. A más, no puede reprocharse que la inscripción de la sentencia que declaró la paternidad no haya sido inscrita en el registro civil por el accionante, pues ello obedeció a la revocatoria del poder.

La demandada en representación de su hija además suscribió el 29 de septiembre de 2014, documento de con diligencia de reconocimiento de texto y huella, en la que informa a Jean Feghali, quien compró los derechos herenciales de Nicolls Feghali que por concepto de honorarios debe a su apoderado Julio Cesar Ríos Sepúlveda \$975.000.000 y le solicita cancelarlos directamente (fls 23 y 24). Este documento, manifestación de la voluntad plena de Vargas, permite concluir con claridad que los honorarios que se comprometió a cancelar fueron calculados sobre la

totalidad de los recursos en bienes y dinero y no sobre las sumas liquidas de dinero que efectivamente le fueron entregadas a Nicolls Feghali.

Importa destacar que si bien la cláusula segunda estipula que los honorarios serán cancelados sobre «*sobre la cantidad de dinero que se le llegare eventualmente a cancelar por la venta de sus derechos y acciones herenciales*», lo cierto es que el documento citado en precedencia, suscrito por Yolanda Vargas es indicativo de la real voluntad de las partes, que no puede ser desconocida por la Sala.

Establecida la celebración y validez de los contratos de prestación de servicios para una gestión determinada que fue realizada y el resultado favorable obtenido, debe darse aplicación al reconocimiento monetario conforme a las reglas o clausulado del acuerdo celebrado entre las partes (CSJ SL 4902-2021).

Así las cosas, como quiera que el promotor del juicio en los términos previstos en el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social demostró la prestación de la labor encomendada tiene derecho al reconocimiento y pago de honorarios en la forma en que fueron pactados, pues recuérdese que su regulación sólo procede a falta de estipulación expresa entre las partes, ya que el precio del mandato puede ser libremente fijado entre los contratantes, por virtud de los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad.

Aquí vale indicar que el porcentaje fue pactado por las partes en un 13%, según quedó consignado en el hecho cuarto del escrito introductorio (fl 2) y según se extrae de documento suscrito por la demandada Yolanda Vargas (fls 23 y 24):

QUINTO: Con ocasión a los procesos adelantados en mi favor a mi menor hija Nicolls Vargas se ha adquirido y constituido en deudores a favor del Doctor Julio César Ríos Sepúlveda por concepto de honorarios profesionales causado en una cantidad de dinero equivalente al 13% de la totalidad de la venta efectuada.

Es evidente que aunque inicialmente pactaron por escrito los honorarios en un 20%, luego modificaron el acuerdo al 15%, para

finalmente establecer que sería del 13% como inequívocamente se extrae del acervo probatorio analizado en conjunto, por tanto, como acertadamente concluyó el *a quo* este debe ser aplicado para determinar la condena. Se precisa que aunque la testigo Lizeth Sanabria informó que ella pagó a sus abogados el 10%, que Yolanda Vargas indagó sobre el porcentaje y le dijo que ella había pactado uno similar, en manera alguna este dicho tiene la entidad de reemplazar el reconocimiento escrito expreso de la demandada, por tanto no es posible disminuir el porcentaje señalado en primera instancia.

Ahora, importa destacar que en el párrafo de la cláusula segunda las partes acordaron que en el evento de «lograrse un arreglo o transacción en cualquiera de las instancias del proceso o procesos», los honorarios equivaldrían al mismo porcentaje y el pago sería efectuado *«al momento de suscribirse cualquier acuerdo o transacción por parte de la contratante, relacionado a la venta de derechos y acciones que le corresponden o pueden corresponderle dentro de la sucesión del señor ELÍAS KAYSAR FEGHALL»*. (subraya fuera del texto).

Bajo este panorama, y como quiera que la parte demandante no se opuso a la conclusión a la que llegó el *a quo* según la cual los honorarios deben ser calculados tomando en consideración lo consignado en la escritura pública n.º 2277 del 5 de noviembre de 2015 (fls 693 a 707), esto es, \$4.839.590.000, no hay lugar a reprochar esta consideración.

No olvida la Colegiatura que las demandadas arguyen que realizaron pagos parciales o abonos al demandante y que deben ser tenidos en cuenta en su totalidad para establecer la condena. Veamos, la pasiva allegó recibos de caja menor así

Fecha	Valor	Concepto	Folio
27/11/2006	\$600.000	Abono demanda Nicolls	513
07/12/2006	\$200.000	Honorarios demanda	514
20/12/2006	\$500.000	Abono a cheque	515
21/12/2006	\$500.000	Abono a cheque	516
22/12/2006	\$500.000	Abono a cheque	517
24/01/2007	\$1.500.000	Abono demanda Nicolls	518

24/01/2007	\$1.500.000	Honorarios	518
06/02/2007	\$50.000	Honorarios	520
19/04/2007	\$30.000	Sin concepto	521
26/04/2007	\$50.000	Sin concepto	522
27/04/2007	\$1.000.000	Honorarios	523
21/09/2007	\$1.000.000	Honorarios demanda	524
24/09/2007	\$200.000	Honorarios demanda	525
01/11/2007	\$50.000	Honorarios	519

Bajo el entendido que al rendir declaración de parte el accionante aceptó haber recibido pagos o abonos considera la Sala que han de tomarse en cuenta no solo los recibos que específicamente señala, el concepto «*demanda Nicoll*» si no también los aquellos que indican que corresponden al pago de honorarios, pues el demandante no demostró que para la fecha en que recibió estos dineros ejecutó en nombre y presentación de Yolanda Vargas gestiones diferentes a la presentación de la demanda de impugnación e investigación de la paternidad.

En consecuencia, la Sala tendrá en cuenta que el promotor del juicio recibió de las demandadas anticipos por la suma de \$6.100.000 conforme los siguientes pagos:

Fecha	Valor	Concepto	Folio
27/11/2006	\$600.000	Abono demanda Nicolls	513
07/12/2006	\$200.000	Honorarios demanda	514
24/01/2007	\$1.500.000	Abono demanda Nicolls	518
24/01/2007	\$1.500.000	Honorarios	518
06/02/2007	\$50.000	Honorarios	520
27/04/2007	\$1.000.000	Honorarios	523
21/09/2007	\$1.000.000	Honorarios demanda	524
24/09/2007	\$200.000	Honorarios demanda	525
01/11/2007	\$50.000	Honorarios	519

Así las cosas, como quiera que Nicolls Vargas Feghali recibió por concepto de venta de derechos herenciales \$4.839.590.000, el 13% pactado corresponde a \$629.149.700 que al serle restados los abonos por \$6.100.000, arroja una cifra de \$623.046.700 que corresponde a los honorarios a los que tiene derecho el accionante, suma esta que resulta

inferior a la determinada en la sentencia de primera instancia, por tanto será modificada y así se indicará en la parte resolutive de esta decisión.

Por último, el Código Civil define en su artículo 288, la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. A su vez, el artículo 306, de la misma norma dispone que el hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Ahora, en los términos del artículo 1.505 del Código Civil *«Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo»*.

Al amparo de las normas citadas, en criterio de la Sala, Nicolls Feghali Vargas está llamada a responder por los honorarios debidos al demandante Julio Cesar Ríos Sepúlveda, aunque no suscribió contrato alguno con el promotor del juicio, sí lo hizo su progenitora quien estaba facultada para obligarla.

Entonces, si bien para la época en que fueron adelantados los procesos de impugnación e investigación de la paternidad, sucesión, impugnación de actas y fueron suscritos los contratos de prestación de servicios, la promesa de contrato de cesión a título de venta de derechos y acciones herenciales y la carta de autorización de pago directo al profesional, Feghali Vargas ostentaba la condición de menor de edad, no es menos cierto que, su progenitora y tutora natural Yolanda Vargas González, otorgó poder para la defensa de sus derechos e intereses y estos actos de voluntad la obligan en todo, como quiera que no se demostró interrupción, suspensión o pérdida de la patria potestad y en consecuencia de la representación legal, decretada por autoridad judicial.

A la luz de estos argumentos resulta claro que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva no está llamada a prosperar como acertadamente concluyó el *a quo* y que en consecuencia Nicolls Feghali Vargas debe responder por los honorarios del profesional del derecho.

Vale indicar que en el presente asunto, el reconocimiento de honorarios profesionales no comprende la representación que hiciera el demandante en favor de Yolanda Vargas ante la Fiscalía por la denuncia de hurto continuado, o declaración de patrimonio de familia, por tanto, no es de recibo el argumento de apelación según el cual se impuso condena a Nicolls Feghali por servicios de los cuales no se benefició.

Por las resultas del proceso, la Sala modificará la decisión en la forma anunciada.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en el sentido de CONDENAR a las demandadas señora Yolanda Vargas González y a la joven Nicolls Feghali Vargas a pagar a favor del demandante Julio César Ríos Sepúlveda la suma de \$623.046.700 por concepto de honorarios, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

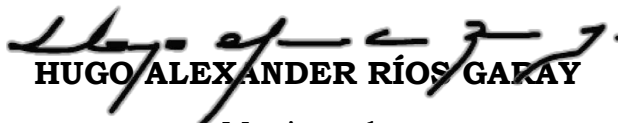
TERCERO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2021 00537 01
DEMANDANTE: CLARA LUCÍA ROJAS CARDONA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Protección y válidamente afiliada al RPM. En consecuencia, condenar a Colfondos a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con sus frutos e intereses. A la última a aceptar su afiliación en prima media. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que empezó a cotizar al sistema de seguridad social desde 1989 y se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección el 1 de junio de 1994. Señaló que el asesor del fondo le informó que el ISS se acabaría y perdería sus aportes pensionales, pero para recuperarlos le ofreció trasladarse y obtener un bono pensional dentro de los seis meses siguientes. En adición, le aseguró que en el RAIS se pensionaría de manera anticipada y con un monto superior gracias a los rendimientos que obtendría. Adujo que la AFP nunca le informó que el valor de su mesada pensional dependería de su edad, de las variaciones económicas del mercado, de la rendición del bono pensional, entre otros. Refirió que las AFP, previo a la vinculación no le informaron sobre los riesgos existentes, las características de cada régimen, la forma de acceder a la prestación y las implicaciones del cambio en su futuro pensional. Indicó, que al 21 de octubre de 2021 tiene un total de 1.546 semanas cotizadas y un capital ahorrado de \$205'501.024. Indicó que Protección le informó que su mesada pensional a los 62 años ascendería a \$1'331.385. Finalmente, que solicitó a Protección y Colpensiones el retorno a prima media (expediente digital, archivo 01 fls 7 a 22).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, 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 y las demás declarables de oficio. Argumentó que la demandante en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen se vinculó al RAIS con el lleno de las exigencias legales y normativas vigentes para la época. Puso de presente que la actora está incurso en prohibición legal de retornar en

razón de la edad como quiera que no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 (expediente digital, archivo 04 fls. 2 a 31).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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 y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la ley para el momento en que se concretó el traslado de régimen, por tanto no procede la declaración de ineficacia del acto jurídico (expediente digital, archivo 05, fls. 4 a 19).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el traslado al RAIS, la solicitud de retorno a Colpensiones y el deber legal de información que tienen las AFP. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso 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»*, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento, traslado de aportes y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad, en consecuencia, las personas se afilian libre y voluntariamente y materializan su decisión con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital archivo 06, fls. 2 a 23).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 16),

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo la señora Clara Lucía Rojas Cardona al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la Sociedad Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Protección, el 25 de mayo de 1994, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora Clara Lucía Rojas Cardona nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad contrario a ello, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Clara Lucía Rojas Cardona como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone en el artículo 1746 del Código Civil, esto significa que debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO; ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones los valores que haya deducido por conceptos de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante los que debe trasladar debidamente indexados conforme a lo motivado.

QUINTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir a la señora Clara Lucía Rojas Cardona como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar la Sociedad Colfondos Pensiones y Cesantías, y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección.

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustentos y las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: En el evento de que Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia remitirse el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera a la actora conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la demandante y la demandada Colpensiones apelaron lo resuelto.

La demandante apeló parcialmente la sentencia, al argumentar que es procedente imponer condena en costas y agencias en derecho a la parte vencida dentro del proceso, pues las accionadas presentaron oposición a las pretensiones.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que la carga de la prueba está en cabeza de la demandante, y es ella quien debe demostrar el supuesto de hecho que persigue, es decir el vicio del consentimiento alegado. Aseguró que para la fecha del traslado la AFP brindó la información necesaria para trasladarse de régimen conforme lo estipulaba la ley. Adujo que la declaratoria de ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte,

el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura

con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la actora se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 13 de junio de 1989 (expediente digital, archivo 07, fls. 96 a 99). Según certificación emitida por Asofondos, migró al RAIS a través de la administradora AFP Protección S.A. el 1 de junio de 1994. Posteriormente, el 1 de mayo de 1999, se afilió a Colfondos, AFP a la cual se encuentra actualmente vinculada (expediente digital, archivo 05, fl. 22).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado a su lugar de trabajo llegó un asesor de Protección que le informó que el ISS se acabaría y que para no perder los aportes cotizados en prima media lo mejor era trasladarse a un fondo privado, en donde se podría pensionar de manera anticipada y con un mejor monto. Indicó que al momento del traslado no fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, no le informaron sobre la posibilidad de retractarse. Señaló que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, pero sin leerlo, confiada en el dicho de la promotora. Manifestó que se trasladó a Colfondos porque un asesor le informó que en este fondo tendría mejor pensión y *que era uno de los mejores fondos del país*. Refirió que se acercó hace aproximadamente 3 años a oficinas de esta AFP y le informaron que su mesada pensional sería de un salario mínimo. Dijo que se sintió engañada pues sus expectativas en el fondo privado no se cumplen y por tanto desea retornar a prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios

de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será confirmada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), razón por la cual la sentencia será confirmada en este punto.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia, la sentencia será modificada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las demandadas de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, el fondo resultó derrotado, pues se declaró la ineficacia del traslado y se le ordenó trasladar recursos. En consecuencia, la sentencia se revocará en cuanto absolvió a las demandadas Protección, Colfondos y Colpensiones de pagar las costas del proceso para en su lugar imponer esta condena.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de noviembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de

la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a estos fondos con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

TERCERO: REVOCAR el numeral séptimo de la sentencia analizada para en su lugar condenar a las demandadas Protección, Colfondos y Colpensiones a pagar las costas en primera instancia.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada Con aclaración de voto
024 2021 00537 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2020 00122 01
DEMANDANTE: JAVIER CIFUENTES DULCE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide del recursos de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la «nulidad» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y las afiliaciones horizontales dentro del mismo. En consecuencia, se condene a las AFP a trasladar a Colpensiones los valores que hubiesen recibido, con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones obligatorias, cotizaciones voluntarias, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración para que ese capital sea tenido en cuenta como semanas cotizadas al régimen de prima media y contribuyan a la financiación de la pensión vejez. A esta última a aceptar dichas sumas y la afiliación y se disponga que reconozca y pague la pensión de vejez, incluidas las mesadas

adicionales, incrementos legales e intereses moratorios o en subsidio de estos la indexación correspondiente, a más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de noviembre de 1954, cumplió 62 años de edad el mismo día y mes del año 2016, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 26 de agosto de 1982. Se trasladó al RAIS a través AFP Protección el 15 de abril de 1996, posteriormente realizó diferentes cambios a las AFP Horizonte y Skandia. Mencionó que al momento de suscribir el formulario de traslado la AFP Protección no informó de manera clara y por escrito que tenía derecho a retractarse. Adujo que ninguno de los fondos de pensiones le brindó información sobre las características del RAIS. Skandia le informó que allí su mesada ascendería a \$3.021.000 esta que resulta inferior a la que le reconocerá Colpensiones. Expuso que cuenta con más de 1584 semanas aportadas. Indicó que solicitó declarar la nulidad del traslado y la devolución al RPM, pero la respuesta fue negativa (expediente digital, archivo 03 fls. 1 a 22).

La AFP Skandia S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento del actor, la de afiliación al ISS, el traslado, las semanas cotizadas, la estimación pensional y la respuesta negativa a la petición de traslado. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que el actor suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación con Skandia, con el lleno de los requisitos (expediente digital, carpeta 12, documento 4 fls. 1 a 27).

La AFP Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Admitió la data de nacimiento del actor, la suscripción del formulario de traslado con la AFP Horizonte hoy Porvenir, la absorción por parte de Provenir a Horizonte y la solicitud de traslado de régimen pensional. Dijo que no le constan o no son ciertos los demás hechos. 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. En defensa de sus intereses, sostuvo que no hay lugar a declarar la

nulidad del acto jurídico, toda vez que el actor suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con plena observancia de los parámetros legales vigentes para la época. Indicó que el actor tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional (expediente digital, carpeta 14, documento fls. 1 a 23).

La AFP Protección S.A., se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el natalicio del accionante, el traslado de régimen pensional, la petición de retorno a prima media y la respuesta negativa. Expuso que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso 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 a 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 de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad toda vez que el desconocimiento de la norma no excluye de responsabilidad al actor ni le sirve de excusa para dejar sin efecto un acto totalmente válido. Aseguró, que el demandante debía informarse sobre los servicios contratados, (expediente digital, carpeta 18 documento fls. 1 a 26).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor únicamente. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio del sistema financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, las declarables oficiosamente y buena fe. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado tiene plena validez pues se efectuó conforme mandato legal vigente para la época. Señaló que el demandante está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad, además se

evidencia que el fin de la acción es obtener beneficios económicos por diferencia de la mesada pensional que recibiría y esta no es una razón válida (expediente digital, carpeta 20, documento fls. 1 a 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de septiembre de 2022 (expediente digital, documento 32), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor Javier Cifuentes Dulce al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de junio de 1996, esto por intermedio de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por Colpensiones, todo como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Javier Cifuentes Dulce quien se identifica con la cedula de ciudadanía 3.182.003 a Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones para que active la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda actualizar su historia laboral.

CUARTO: CONDENAR Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor Javier Cifuentes Dulce, a partir de la fecha en que se acredite la desafiliación o cese las cotizaciones al régimen pensional, para lo cual deberá la entidad liquidar el IBL en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, determinar la tasa de reemplazo conforme a los parámetros del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003; prestación que no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, reconocerse por 13 mesadas al año, junto con los reajustes e incrementos legales anuales; este retroactivo pensional a favor del actor se deberá cancelar de manera indexada.

QUINTO: AUTORIZAR Colpensiones para que descuente en el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

SEXTO: DECLARAR no probadas los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

SÉPTIMO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA están a cargo de las administradoras demandadas señalándose como agencias en derecho la suma de \$2.000.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.

OCTAVO: En caso de no apelarse la presente sentencia, se deberá consultar con el superior, en tanto a los intereses de la demandada Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró haber brindado al potencial afiliado información sobre las ventajas y desventajas que acarrearía el cambio de régimen pensional por tanto procede la ineficacia deprecada, pues la suscripción del formulario no acredita tal circunstancia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones apelo lo resuelto al argumentar que el accionante no observó sus deberes como consumidor financiero. La AFP cumplió con el deber de trasladar al actor en los términos previstos en el ordenamiento para la época. Arguyó que Colpensiones es un ente externo al acto jurídico cuestionado, empero se le ordena reconocer una pensión con la cual se afecta la estabilidad financiera del régimen de prima media.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios,

pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales el 1 de septiembre de 1981 (expediente digital, documento 03, fls. 119 a 124), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Protección S.A. el 15 de abril de 1996, con la

suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, carpeta 18, fl. 37) donde se puede leer lo siguiente:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTÓ QUE HE ESCOGIDÓ A LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE FORMULARIO SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a Horizonte hoy Porvenir el 1 de noviembre de 1998, y a partir del 23 de noviembre de 2006 y en adelante a Skandia (expediente digital, carpeta 12, archivo 8).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado trabajaba para un hospital en la ciudad de Pasto, escuchó que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, entre tanto, en los fondos privados podría obtener una mejor pensión, pues allí los recursos se invertirían en bolsa y cada centavo que entrara obtendría ganancias. Refirió que le informaron que la AFP solicitaría el traslado de las semanas y estas servirían para financiar la pensión. Admitió que firmó el formulario, pero este no contenía información sobre las implicaciones del traslado. Aceptó que en principio recibió extractos, en el periodo de afiliación no presentó quejas o reclamos, pues estaba seguro que la afiliación al fondo privado sería su *salvación pensional*. Informó que se trasladó entre fondos para obtener mejor rentabilidad. Expuso que la razón principal para gestionar el traslado es el monto de la pensión que no se compadece con su base de cotización.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021), el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Skandia S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los

valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia la sentencia será adicionada también en este punto.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por tanto la sentencia será adicionada en este punto.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Pensión de vejez

Establecido entonces que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que el afiliado hombre haya alcanzado los 62 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que el accionante alcanzó los 62 años de edad el 14 de noviembre de 2016 (fl. 97 archivo 03 expediente digital) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas

(expediente digital, carpeta 12, archivo 06 fl. 1 al 17, y archivo 3 fl. 119 a 124), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social; no obstante, no es posible determinar el monto de la prestación, tampoco la fecha de disfrute, pues no se tiene certeza sobre la última cotización realizada. En consecuencia se confirmará la sentencia en esta parte.

De otro lado, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión, en todo caso, como tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado. Por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de septiembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la

AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR a la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones únicamente estará llamada a cumplir la orden de pagar la pensión cuando haya recibido a satisfacción el traslado de los rubros señalados en el numeral segundo de esta providencia, en la forma ahí dispuesta y que el disfrute de la pensión será a partir del 1 de agosto de 2019 o el día siguiente a aquel en que se haya efectuado la última cotización de ser diferente.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

SEXTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Con aclaración de voto