



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00080 01.
DEMANDANTE: RUTH YOLANDA BERNAL SANABRIA Y LA LLAMADA EN CALIDAD DE *LITIS* CONSORCIO NECESARIO YEIMY VIVIANA RUIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de octubre de 2021 y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la interviniente *ad excludendum*.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se condene a la demandada a pagarle, debidamente indexada, la pensión de sobrevivientes en un 40% con ocasión del fallecimiento de Pedro Nel Cruz Ospina y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 20 de diciembre de 2003, contrajo matrimonio con Pedro Nel Cruz Ospina, con quien convivió de forma ininterrumpida hasta el 5 de septiembre de 2015, data en que decidieron separarse de hecho, pero mantuvieron vigente el vínculo matrimonial y patrimonial. Fruto de la unión fueron sus hijos Laura Carolina, María Fernanda y Andrés Felipe Cruz Bernal. Informó que su cónyuge fue afiliado en pensiones a la demandada, falleció el 4 de octubre de 2016. En consecuencia, la administradora reconoció pensión en un

50% a dos de los hijos del matrimonio y a un hijo procreado con la señora Yeimy Viviana Ruiz, quien además se presentó a reclamar en calidad de compañera permanente. El 50% restante quedó en suspenso por existir conflicto entre beneficiarias (fls. 31 a 33).

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes siempre que la actora acredite los requisitos legales. Aceptó la data de nacimiento del causante, los hijos procreados en el matrimonio, su afiliación a la AFP, el reconocimiento de la pensión. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia, buena fe, y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones argumentó que existe conflicto de beneficiarias, por tanto, el Juez está llamado a resolverlo. En consecuencia, la prestación solamente se ha reconocido y cancelado a los hijos (fls. 191 a 195).

Por auto del 20 de octubre de 2020, se ordenó integrar en calidad de *litis* consorcio necesario a Yeimy Viviana Ruiz (fl. 203), quien al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. De los hechos dijo que es cierto la data de fallecimiento del causante, su afiliación a la AFP, los hijos procreados en el matrimonio, el reconocimiento de la pensión a los hijos menores y que esta suspendido el reconocimiento de un 50% de la pensión. Solicitó para sí, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y expuso que convivió con el causante desde el 10 de marzo de 2012 y hasta que su compañero murió. Adujo que la demandante Ruth Yolanda Bernal Sanabria, abandonó el hogar que tenía constituido con aquel y adelantó en su contra varios procesos ante juzgados, fiscalía y comisarías. Dijo que para el momento en que el causante falleció la accionante tenía constituida una unión marital de hecho con Juan Trujillo, con quien convive actualmente (cd fl. 208).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR a la señora Ruth Yolanda Bernal Sanabria como que le asiste el derecho a que la demanda Protección le reconozca y pague la pensión de sobreviviente del causante Pedro Nel Cruz Ospina.

SEGUNDO: CONDENAR a Protección a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes del causante Pedro Nel Cruz Ospina a la demandante Ruth Yolanda Bernal Sanabria como única beneficiaria dentro de la orden legal al que pertenece a partir del 4 de octubre del 2016, en cuantía del 50% de 1 SMMLV y por 13 mesadas al año suma que deberá ser reajustada conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

TERCERA: CONDENAR a Protección a pagar a la demandante Ruth Yolanda Bernal Sanabria la suma de \$26.394.510 por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 4 de octubre del 2016 al 30 de septiembre del 2021, suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo.

Se autoriza a la entidad pensional a descontar de la anterior cifra lo correspondiente a los aportes al sistema general de seguridad social en salud.

CUARTO: NEGAR las pretensiones de la interviniente *ad excludendum* Yeimi Viviana Ruiz de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: DECLARAR probada las excepciones propuestas por la demandada Protección denominadas imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia y buena fe.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la decisión conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de la interviniente *ad excludendum* Yeimi Viviana Ruiz de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del CPTSS.

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante logró demostrar que aunque se separó de hecho del causante convivió con él por espacio superior a 5 años en cualquier tiempo como su cónyuge. De otro lado, sostuvo que la interviniente *ad excludendum* si bien convivió con el causante hasta su muerte como compañera, no lo hizo en el periodo que la ley exige.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Protección S.A imploró revocar la sentencia al argumentar que la demandante no demostró que sostenía con el causante una relación de apoyo y ayuda mutua con anterioridad inmediata a la muerte, por el contrario, se evidencia que adelantó en contra de su esposo procesos, que lo abandonó e inició una nueva convivencia con un compañero permanente. A más, adelantó actos violentos en contra de su hija *Laura*. Señaló que el requisito de convivencia en los 5 años anteriores al deceso se predica tanto del pensionado como

del afiliado y en el presente caso no se acredita, pues la demandante y el causante se habían separado desde hace más de 25 años, ya que aquella lo abandonó para iniciar una nueva convivencia.

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 totalmente adversa a Yeimy Viviana Ruiz, interviniente *ad excludendum*, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si Ruth Yolanda Bernal Sanabria tiene derecho a sustituir la pensión que disfrutaba Pedro Nel Cruz Ospina, al pago de intereses moratorios y costas del proceso. De otra parte, establecer si Yeimy Viviana Ruiz tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación en calidad de compañera permanente del causante.

Es verdad averiguada que la norma aplicable para efectos del reconocimiento pensional es la vigente a la fecha del deceso del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos (CSJ SL450-2018 y CSJ SL10146-2017, por citar algunos).

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Pedro Nel Cruz Ospina falleció el 4 de octubre de 2016 (fl. 3), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993,

modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Dicho precepto legal, contempla que para obtener la pensión de sobrevivientes se requiere además de ser miembro del grupo familiar del afiliado al sistema, que éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, o conforme al párrafo cuando el afiliado hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento.

Revisado el expediente se advierte que Pedro Nel Cruz Ospina en el periodo comprendido entre el 4 de octubre de 2013 y el 4 de octubre de 2016, data esta en que falleció, cotizó más de 50 semanas, por lo que dejó causado el derecho a la prestación que fue reconocido por la AFP a sus hijos (fls 71 y 72).

Por su parte, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.***

Ahora, bajo una interpretación armónica del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 con el inciso 3.º del literal b) *ibídem* la Corte

Suprema de Justicia ha puntualizado que en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante los 5 años pueden ser acreditados «*en cualquier tiempo*». Ello, en aras de cumplir la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del *de cuius*, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41673, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020, SL359-2021).

Acerca de dicha tesis, la misma Corporación en la sentencia CSJ SL359-2021 explicó que la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para negar la pensión de sobreviviente de un afiliado o pensionado. Al respecto indicó:

que la misma corresponde al verdadero alcance e intelección del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, porque aunado a lo referido anteriormente acerca de su finalidad, «su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos».

En la misma providencia, la Corte señaló que lo anterior obedece a que: (i) comúnmente, la separación de hecho ocurre por problemas estructurales en las relaciones matrimoniales, que a la larga generan el distanciamiento de los consortes; (ii) tales situaciones son imprevisibles por el legislador; (iii) y, por tanto, el rol del juez consiste en interpretar la norma conforme las particularidades de cada caso, es decir, darle el alcance que corresponda según cada situación que no pudo anticiparse en la ley. Conforme ello, anotó que incluso el artículo 176 del Código Civil, no establece dentro de las obligaciones a los cónyuges, las de mantener los lazos afectivos o familiares hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos.

En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Bajo esa línea de pensamiento, se advierte que con el fin de acreditar la calidad de miembro del grupo familiar la promotora del juicio **Ruth Yolanda Bernal Sanabria** aportó registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado con el causante el 20 de diciembre del 2003, instrumento que no presenta nota de divorcio o liquidación de sociedad conyugal (fl.4). Registros civiles de Andrés Felipe, María Fernanda y Laura Carolina Cruz Bernal que dan cuenta del nacimiento de estos para el 14 de marzo del 2005, 21 de junio de 1999 y 3 de julio de 1995 respectivamente (fl. 5 a 7).

La promotora del juicio solicitó decretar y practicar los testimonios de José Baudilio Avellaneda Alméciga, Gustavo Vargas Novoa, Emelina Sanabria y Laura Carolina Cruz Bernal; no obstante, solamente se escuchó a última como quiera que la parte desistió de la práctica de los demás. Manifestó ser hija de la promotora del juicio y del causante dijo que no puede señalar una fecha exacta de inicio de la convivencia de sus padres, pero recuerda que su progenitor dejó de vivir en su casa desde 2014, debido a la violencia de este, tanto a ella como a su mamá; no obstante, mantuvieron el vínculo *«hasta que prácticamente él falleció»*. Admitió que a través de una de sus hermanas supo que su padre sostenía una relación con Yeimy, pero no tenía conocimiento que viviera en la Calera con ella. Empero, después manifestó que visitó a su progenitor en el referido municipio en compañía de su hermana, aseguró que por lo demás después de la separación se veían en la calle cuando él llegaba de viaje cada 8 o 15 días; sin embargo, después señaló que no se veía muy seguido con su padre, pero sus hermanos si, incluso viajaban con él.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante confesó que para la data del deceso del causante no convivía con él. Precisé que cohabitaron hasta el 2014, pero no recordó la fecha exacta, luego señaló que la convivencia no era constante porque *«él iba y venía»*, pues tenían muchos inconvenientes. Señaló que siempre tuvieron problemas por maltrato físico a ella y sus hijos y por dinero para estos, por tal motivo lo dejó y le envió sus cosas a la casa de su progenitora, pero después continuaron conversando, *«él iba a la casa por los hijos»*. Admitió que no fue al funeral del causante y explicó que una hermana le hizo saber a una de sus hijas que no querían que se hiciera presente. Desconoce quién cubrió los gastos

fúnebres Aseguró que después de su separación no ha convivido con alguna otra persona. Expuso que, a finales de 2014, aproximadamente, se enteró que el causante tenía una relación con la señora «Yeimy», pero negó saber cuándo inició la misma.

También allegó investigación administrativa adelantada por Consultores e Investigadores de Siniestros (fls. 99 a 185), dentro de la misma, figura la entrevista realizada a Sandra Milena Cortés Cortés en la que manifiesta que conoció al causante hace 15 años, sabe que cuando se separó de la demandante *«él duró un tiempo viviendo en la mula, como un año, él venía muy de vez en cuando y se quedaba donde los papás al poco tiempo sacó un apartamento en Covical allá compró todo lo del apartamento y él vivía solo y luego se pasó a Los Sauces, también solo porque la hija no quiso vivir con él ahí, Yeimy vino a visitarlo un par de veces, luego Don Helber le arrendó el apartamento donde vivió con Yeimy»* hasta el momento en que falleció. Aseguró que el causante no volvió a tener contacto con su esposa, pues se *«odiaban»* (fls 113 y 114).

También fue entrevistada la madre del causante señora María de Los Ángeles Ospina Cruz quien aseguró que su hijo convivió con Yeimy Viviana Ruiz durante más de tres años antes de su deceso, primero en Ibagué en el barrio San Luis hasta el 2014 y luego se mudaron a vivir a La Calera. Relató que su hijo fue conductor de mula, transportaba carbón de Ubaté a Santa Marta, Buenaventura, por eso cada 8 o 15 días iba a La Calera y pernoctaba en su casa y luego en el hogar que constituyó con su compañera a quien él conoció en la transportadora. Dijo que su hijo hacía más de 6 años se había separado de Yolanda Bernal con quien convivió cerca de 18 años (fls. 118 a 120).

La hermana menor del causante señora Emilia Patricia Cruz Ospina al ser entrevistada relató que Pedro Nel Ospina se separó de Yolanda como en 2011, cuando ella lo abandonó (fls. 123 y 124). José Vicente Cruz Ospina también hermano del causante aseguró en la entrevista administrativa que para el momento del deceso este residía en La Calera en unión libre con Yeimi, pues desde hacía 7 años se había separado de Ruth y solamente tuvieron problemas (fls 125 y 126).

Los compañeros del causante, señores José Alexander Peña, Luis Enrique Cruz y Jadir Camilo Cruz Rivas, informaron que este convivió con Yolanda, luego se separó, vivió solo aproximadamente un año y luego convivió con la señora Yeimy hasta el día de su muerte.

Al analizar en conjunto los medios probatorios señalados, emerge con claridad que la demandante logró demostrar que, pese a que se separó de hecho del causante, convivieron de forma ininterrumpida por más de 5 años. Vale indicar que, aunque la testigo Laura Carolina Cruz Bernal hija del causante y la demandante dijo que sus padres convivieron hasta el deceso de este, eso quedó claramente desvirtuado con la confesión de la promotora del juicio quien manifestó que no fue así y que ello obedeció al maltrato del que fue víctima.

Bajo este panorama, resulta evidente que la accionante cumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues demostró que convivió con el afiliado por espacio superior a cinco años en calidad de cónyuge. En consecuencia, tal como Acertadamente concluyó el *a quo* tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que dejó causada su esposo Pedro Nel Cruz Ospina.

De la convivencia de Yeimy Viviana Ruiz

A petición de esta demandante fueron decretados los testimonios de María del Carmen Hernández Miranda, Mario Andrés Cruz Ospina, Brayan Mauricio Zapata Ruiz, Sandra Milena Cortés Cortés, Edgar Ernesto Cruz Ospina, José Vicente Cruz Ospina, Blanca Nieves Ruíz Bonilla, María Ángela Ospina de Cruz, Carlos Mauricio Zapata Morales y Elber Pachón Sánchez; no obstante, la AFP Protección solicitó limitarlos. En consecuencia, solamente fueron escuchados Blanca Nieves Ruiz y Sandra Milena Cortés Cortés.

La primera manifestó ser la madre de Yeimy Viviana Ruiz y por ello, saber que su hija convivió en la casa de su propiedad, con el causante en la ciudad de Ibagué desde abril de 2011 y hasta marzo de 2012, cuando les pidió que se fueran porque el apartamento era muy pequeño para todos y estaban incómodos. Entonces la pareja y su nieto se mudaron a un apartaestudio en el mismo barrio hasta el 2014, allí los visitaba a diario, por eso le consta que el causante llegaba semanalmente a veces los fines de semana o entre semana, pues era mulero y debía realizar viajes. Dijo que luego viajaron a Medellín y retornaron a Bogotá en enero de 2015; empero después señaló que fue en el año 2014, cuando la pareja fijó su residencia en el municipio de La Calera hasta el momento del deceso de causante, en esta población los visitaba en su casa de habitación y se quedaba con ellos de 8 a 15 días.

La testigo Sandra Milena Cortés Cortés manifestó que es la esposa de un hermano del causante, este quien le presentó a Yeimy aproximadamente en el 2012, en un paseo que hicieron al Espinal. Dijo que su esposo y su hermano, el causante, trabajaban juntos manejando tractomula, siempre andaban en caravana y él le contaba que la pareja convivía en Ibagué. Dijo que los vio en eventos y almuerzos familiares en la casa de La Calera a partir 2013 o 2014, allí festejaban cumpleaños. Sabe que la casa era de dos pisos y ellos tenían arrendado el primer piso. Dijo que los visitó hasta el momento del deceso de su cuñado, asistió a sus exequias, pero de lejos, porque estaba embarazada. Admitió conocer a la demandante Ruth Yolanda Bernal desde hace 18 años, no los visitaba, pero se encontraban en la casa de los suegros, por ello, sabe que se separaron en el 2010. Explicó que en la investigación administrativa manifestó que Yeimi apenas visitó un par de veces al causante quien vivía solo en el apartamento de los sauces, porque ella no los visitaba en Ibagué y era su esposo quien le contaba que convivían en esa ciudad. Aseguró que el causante se la pasaba de Ibagué a Bogotá

Al rendir declaración de parte Yeimy Viviana Ruiz manifestó que cuenta con 38 años, es bachiller. Aseguró que conoció a Pedro Nel Cruz Ospina, en el año 2011, en la transportadora de cementos Cemex de la ciudad de Ibagué. Para esa época él vivía en la mula, tenía toda su ropa

allí, por eso en abril del 2011 comenzaron a vivir en la casa de su progenitora. Dijo que también convivieron en La Calera en un aparta estudio de propiedad de Nancy Ramos desde 2014 a 2016, *«pero igual nosotros pagábamos dos arriendos tanto acá en Ibagué como en La Calera»*.

Dijo que en la investigación administrativa indicó que la convivencia empezó en 2013, porque creyó que le estaban preguntando únicamente por el periodo de residencia en La Calera y por ello, no mencionó el periodo de convivencia en Ibagué donde se veían y convivían cada vez que él llegaba a cargar cemento. Señaló que descargaba muchas veces en La Calera y como no tenía en donde quedarse lo hacía donde su señora madre, por eso decidieron tomar un arriendo en este municipio.

La AFP Protección aportó declaración extraproceso rendida ante la notaria única de La Calera por Sara Lucía Delgado Rojas y María del Carmen Hernández Miranda en la que manifiestan que conocieron de vista, trato y comunicación por espacio de 25 y 17 años al causante Pedro Nel Cruz Ospina, por ello, les consta que para la data del deceso convivía bajo el mismo techo en unión marital con Yeimy Viviana Ruiz y que dicha unión se dio desde el 18 de abril del 2013 de la cual fue fruto Ammily Cruz Ruiz de ocho meses de nacida (fls. 80 a 82).

Analizados en conjunto los medios probatorios estima la Colegiatura que la accionante Yeimy Viviana Ruiz logró demostrar que convivió con el causante, que planearon un proyecto de vida juntos con vocación de permanencia, el cual se estaba materializando entre otras con la cohabitación en el municipio de La Calera y la procreación de una hija. Además que se brindaban apoyo y socorro mutuo, pues según los testimonios Ruiz, estaba pendiente del causante, incluso iniciaron la convivencia en la progenitora de esta en un periodo en el que aquel dormía en el automotor que conducía, luego tuvieron una vida pública como pareja, asistían a eventos familiares y era conocida la relación, también por los amigos. Es más los testimonios dan cuenta de una relación armónica, estable e ininterrumpida desde su inicio, pese a que la residencia cambió debido al trabajo del Pedro Nel Cruz.

Bajo este panorama, estima la Sala que la demandante demostró que estructuró con el causante un núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, por tanto es dable reconocer la prestación deprecada en consonancia con lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias CSJ SL 5270-2021, CSJ SL 2820-2021, CSJ SL 2222-2021, CSJ SL 1905-2021, CSJ SL 489-2021, CSJ SL 4606-2020, CSJ SL 3785-2020.

Puestas las cosas de esta manera la Sala revocará la decisión de primera instancia para en su lugar condenar a la demandada a reconocer y pagar a Yeimy Viviana Ruiz pensión de sobrevivientes a partir del 4 de octubre de 2016, data en que falleció su compañero.

Determinación del porcentaje a cargo de cada beneficiaria.

Ruth Yolanda Bernal Sanabria en calidad de cónyuge y Yeimy Viviana Ruiz como compañera probaron ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por ello, es posible conceder la prestación de forma proporcional en atención al tiempo en que cada una de ellas convivió con Cruz Ospina.

Del análisis conjunto de los medios probatorios allegados por cada una de las interesadas se concluye que la cónyuge acredita que convivió con el causante desde el 3 de octubre de 1994, esto es nueve meses antes del nacimiento de su primera hija Laura Carolina Cruz Bernal (fl 7) hasta el 1 de enero de 2011, como quiera que los testigos informaron que a partir de esta anualidad la convivencia inició con Yeimmy y esta confesó que ello ocurrió a partir del mes de abril de dicha anualidad. A más porque la madre del actor informó que la convivencia se dio por espacio de 18 años aproximadamente y los testigos señalaron que para la época del deceso el actor había dejado de convivir hacía aproximadamente 6 años con su esposa. Así las cosas, se tendrá que Bernal Sanabria convivió con el causante 5.936 días o lo que es lo mismo 16 años, 5 meses y 26 días.

Ahora, si bien, Yeimy Viviana Ruiz confesó que la convivencia con el causante inició en abril de 2011 y su dicho encuentra respaldo en lo

manifestado por su progenitora quien dio cuenta que la pareja vivió con ella en el apartamento de su propiedad y que luego estos se mudaron por petición de ella ante lo reducido del espacio. Esta circunstancia se corrobora con el dicho de los testigos y entrevistados en la investigación administrativa, quienes aseguraron que la convivencia inició en la ciudad de Ibagué y luego la pareja se mudó a La Calera. Los testigos ofrecen credibilidad a la Sala, pues son contestes en señalar que les consta la cohabitación de la pareja, a algunos desde el 2011, a otros desde el 2014, en razón de su familiaridad, amistad o porque fue la arrendadora del inmueble en el que se dio la convivencia.

Empero no puede la Sala pasar por alto que en el escrito de demanda Yeimy Viviana Ruiz manifestó que la convivencia con el causante inició el 10 de marzo de 2012 y por tanto será esta data la que se tomará en consideración, pues se traduce en confesión de la demandante.

Bajo este panorama se tendrá que Yeimy Viviana Ruiz convivió con el causante desde el 12 de marzo de 2012 hasta su deceso el 4 de octubre de 2016 esto es por espacio de 1.669, equivalentes a 4 años, 6 meses y 21 días.

Así las cosas, Ruth Yolanda Bernal Sanabria en calidad de cónyuge convivió con el causante por espacio de 5936 días desde el 3 de octubre de 1994 hasta el 1 de enero de 2011, por lo que le corresponde un 78% del 50% de la pensión. A Yeimy Viviana Ruiz en calidad de compañera le será reconocida la prestación en un 12% como quiera que su convivencia se extendió desde el 10 de marzo de 2012 hasta el 4 de octubre de 2016, esto es por 1.669 días. Por lo expuesto, la sentencia será modificada, pues reconoció la pensión únicamente a la esposa.

Retroactivo pensional

Estima la Colegiatura que, al continuar causándose las mesadas adeudadas, las cuales deberán indexarse al momento del pago, resulta inficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de incluir la novedad en nómina

de pensionados. Para ello, debe tenerse en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente fijado por el Gobierno Nacional para cada una de las anualidades y pagar a cada una de las accionantes el porcentaje previamente señalado, respecto del 50% que le corresponde a la cónyuge o compañera permanente como quiera que el restante 50% lo vienen disfrutando los hijos y así continuará hasta que cada uno pierda la condición de beneficiario y acrezca el porcentaje de sus hermanos. Una vez los hijos pierdan el derecho a percibir la mesada el porcentaje acrecerá la mesada de la cónyuge y la compañera en la proporción fijada en la sentencia.

La prestación se cancelará a razón de 13 mesadas al año, como quiera que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, según lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, la decisión analizada será modificada en este punto.

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (**SL2376-2018**), tal como se indicó en la sentencia analizada.

D conformidad con las consideraciones expuestas la Sala modificará la sentencia en la forma anunciada.

No se causan costas en el grado jurisdiccional, ni en la instancia.

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 el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a Protección a reconocer a la demandante Ruth Yolanda Bernal Sanabria, pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge superstite de Pedro Nel Cruz Ospina en un 78% del 50% de un salario mínimo legal mensual vigente por 13 mesadas al año suma que deberá ser reajustada conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia apelada en el sentido de condenar a Protección a cancelar a Ruth Yolanda Bernal Sanabria el retroactivo pensional causado desde el 4 de octubre de 2016 hasta cuando se verifique la inclusión de la novedad en la nómina de pensionados. Para el efecto las mesadas deberán ser indexadas desde que cada una se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación y se autoriza descontar los aportes correspondientes a salud.

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia consultada para en su lugar condenar a Protección a reconocer a la demandante Yeimy Viviana Ruiz, pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente de Pedro Nel Cruz Ospina en un 12% del 50% de un salario mínimo legal mensual vigente por 13 mesadas al año suma que deberá ser reajustada conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993. El retroactivo pensional corresponderá a las mesadas causadas desde el 4 de octubre de 2016 hasta cuando se verifique la inclusión de la novedad en la nómina de pensionados. Para el efecto las mesadas deberán ser indexadas desde que cada una se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación y se autoriza descontar los aportes correspondientes a salud

CUARTO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia para en su lugar declarar no probadas las excepciones de imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia y buena fe.

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

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MUJILLO 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 031 2022 00075 01
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA ROSERO PEDREROS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de traslado efectuada del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A., en el mes de febrero de 2002. En consecuencia, se ordenó a la AFP retornarla a Colpensiones con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración pagados al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. A esta última, se ordene recibirla y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, condenar a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de diciembre de 1963; estuvo afiliada al ISS desde el 17 de noviembre de 1989 hasta

2014 y acumulando 415 semanas. En respuesta a una petición, el 13 de enero de 2022, Colpensiones le informó que no se encontraron pagos a su nombre. Ante petición elevada a Porvenir, Asofondos y Colpensiones, le fue informado que desde el 8 de febrero del 2002 se encuentra válidamente afiliada a Porvenir y no existe multifiliación. Adujo que no fue informada sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, ni le realizó proyección pensional. Solicitó a las demandadas el retorno al régimen de prima media, pero le fue negado. Mediante proyección pensional el monto de la mesada con la AFP sería de la pensión mínima, mientras que con Colpensiones ascendería a \$2'124.113 en el RPM. Finalmente, informa que no está pensionada (expediente digital, archivo 02 fls. 1 a 18).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la solicitud de corrección de historia laboral ante Colpensiones, con su respuesta, las peticiones de definición de multifiliación y las de traslado de régimen pensional ante las demandadas, con sus respectivas respuestas y, la proyección pensional realizada por Porvenir. Manifestó que los restantes hechos no le constan. 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. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento pues al momento de la afiliación se brindó información clara y expresa (expediente digital, archivo 13 fls. 23 a 38).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos consintió como ciertos la data de nacimiento de la demandante, las solicitudes de definición de multifiliación y traslado de régimen ante esta AFP y sus respectivas respuestas y, que no se encuentra pensionada.

Informó que 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, buena fe y las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó libre de presiones o engaños, y su traslado fue válido, precedido de asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna; además, argumentó la obligación del deber de información en cabeza de la demandante (expediente digital, archivo 16 fls. 2 a 28).

En el auto admisorio se dispuso la admisión de la demanda también en contra de la AFP Protección S.A., quien estando en oportunidad contestó; no obstante, en audiencia inicial llevada a cabo el 6 de junio de 2022, al realizar el saneamiento del litigio, se advirtió que ésta no hacía parte de la pasiva en la demanda y en consecuencia se dispuso su desvinculación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de noviembre de 2022 (expediente digital, archivo 31), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante Martha Cecilia Rosero Pedreros del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo a la demandante como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de aportes de la demandante junto con sus rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales, entre otros.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: SIN COSTAS a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

SEXTO: Como quiera que el resultado de la sentencia fue adverso a los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al potencial afiliado información veraz y suficiente, que le permitiera, con plena libertad efectuar el traslado de régimen, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que a la accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional; afirma que no existen vicios del consentimiento y se pudo traslucir que se dio cumplimiento al deber de información y; que con la permanencia en el RAIS dejó una intención clara de permanecer en este 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

De conformidad con la historia laboral emitida por Colpensiones la demandante realizó cotizaciones desde el 17 de noviembre de 1989 (expediente digital, archivo 3 fl 5). Migró al RAIS, a través de la AFP

Porvenir S.A. el 8 de febrero de 2002, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 16 fl. 29).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el año 2002 llegaron unos asesores de Porvenir a su lugar de trabajo, y le informaron que se pensionaría a menor edad y con un monto superior al que recibiría en el régimen de prima media con prestación definida (RPM). Adujo que previo al traslado, el asesor de la AFP le informó rápidamente acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, indicando que eran más beneficios es éste régimen. Señaló no haber sido informada sobre los aportes a cuenta individual, aportes voluntarios, ni tampoco sobre la rentabilidad. Expuso que el asesor del fondo diligenció los formularios de afiliación y ella lo firmó sin leerlo, pero voluntariamente. Dijo que en el 2003 estuvo afiliada al fondo de prestaciones del magisterio, no tiene pensión reconocida por parte de este empleador, ni ha elevado solicitud alguna al respecto. Indicó que solicitó proyección pensional a Porvenir. Admitió que la motivación para retornar a Colpensiones es por mantener su calidad de vida y tener un mejor ingreso del que tendría en el RAIS. No le indicaron requisitos para pensionarse en el fondo privado, ni con cuáles recursos.

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 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).

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 Porvenir S.A. 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).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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 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.

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 Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de noviembre 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 **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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto
031 2022 00075 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2019 00774 01
DEMANDANTE: YAMILED RODAS RAMIREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la «*nulidad*» del traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus rendimientos e intereses y la indexación correspondiente. Condenar a la última a continuar con la afiliación. Asimismo, 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 nació el 13 de febrero de 1967, ha cotizado 1.409.43 semanas a Colpensiones, Colfondos, Porvenir, Protección, Horizonte y Old Mutual. Adujo que los aportes realizados a prima media aparecen en Protección, que la pensión que a la que accedería en prima media ascendería a \$4.567.573 que le resulta más favorable que la mesada que podría obtener en el RAIS. Indicó que el 22 de mayo de 2019, solicitó a Protección declarar la nulidad de la afiliación, pero la AFP emitió respuesta negativa (fls 3 a 14).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió únicamente la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación, las demás innominadas o genéricas. Argumentó 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. Expuso que la afiliación no adolece de nulidad toda vez que no se configuran los vicios del consentimiento dado que dicho acto jurídico de ejecutó de manera voluntaria (expediente digital, archivo 01 fls. 53 a 72).

La AFP Protección S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la data de nacimiento de la accionante, las cotizaciones, la solicitud de nulidad y la respuesta negativa. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. 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 la*

causa”, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que el traslado de régimen se concretó de manera libre y voluntaria, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación y se ratificó con la permanencia en el RAIS por un largo periodo y la inobservancia de los deberes como financiero (expediente digital, documento 05 fls. 3 a 19).

Por auto de 9 de noviembre de 2021, se ordenó vincular en calidad de *litis consortes* necesarios a las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Skandia Pensiones y Cesantías (expediente digital, documento 10).

La AFP Porvenir rechazó la prosperidad de las súplicas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los hechos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables genéricamente. En su defensa, argumentó que la demandante no alega ni acreditó situaciones o acciones dolosas en el acto jurídico el traslado al régimen de ahorro individual, pues suscribió el formulario de vinculación previo consentimiento libre e informado dando como consecuencia la validez del acto jurídico. A más no ejerció el derecho de retracto (expediente digital, documento 15 fls 2 a 22).

La AFP Colfondos se opuso a la prosperidad de las súplicas incoadas en la demanda. De los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones 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 innominadas o genéricas. Argumentó que la afiliación a Colfondos se dio con plena observancia de la legislación vigente por una persona plenamente capaz que tomó una decisión libre y voluntaria (expediente digital, documento 16 fls 2 a 14).

La AFP Skandia rechazó la prosperidad de las pretensiones relacionadas con el pago de indexación, costas y a las declaraciones ultra y extra *petita*; manifestó que no se opone ni se allana a los demás pedimentos. De los hechos dijo que ninguno de ellos le consta. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección del régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de la 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 la demandante, lo accesorio no sigue la suerte de lo principal-falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y las declarables oficiosamente. Sostuvo cumplió con el deber de información en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico para la fecha del traslado (expediente digital, documento 14 fls. 2 a 15).

Por auto de 11 de marzo de 2022, se dispuso a llamar en garantía a la sociedad Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., a petición de Skandia S.A. (expediente digital, documento 18).

La aseguradora Mapfre al contestar la demanda manifestó no oponerse a las pretensiones excepto a la condena en costas y las declaraciones ultra y extra *petita*. Expuso que ninguno de los hechos le consta. Propuso las excepciones que denominó: «*el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas.*» «*inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y las demás declarables*

oficiosamente. En su defensa, expuso que la demandante se afilió al RAIS de manera libre y voluntaria y ratificó su intención de permanecer en este con los traslados horizontales (expediente digital, documento 21 fls 2 a 10).

Frente al llamamiento en garantía se opuso a las pretensiones. Admitió la existencia del proceso, su objeto, la suscripción de contratos de seguros previsionales, su vigencia, cobertura y los pagos recibidos. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: *“frente a la acción material ejercida por la parte demandante, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”*», en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, *“a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP Skandia S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna*. *«inexistencia de derecho contractual por parte de “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás declarables oficiosamente. Alegó en su defensa que no es procedente la declaración de nulidad presentada pues el traslado cumple con los parámetros previstos en el ordenamiento jurídico (expediente digital, documento 21 fls 10 a 21).*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de octubre de 2022 (expediente digital, carpeta 08, documento acta),

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y las vinculadas y probada la excepción denominada “A Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP Skandia S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna” formulada por la llamada en garantía, conforme las consideraciones expuestas

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante Yamiled Rodas Ramírez a través de Colfondos S.A., de fecha 05 de septiembre de 1994, así como sus posteriores traslados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a las vinculadas Porvenir S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colfondos S.A. a trasladar con destino a Colpensiones las sumas deducidas por primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la Demandante estuvo afiliada a dichas sociedades, valores que deberán ser indexados y asumidos por Porvenir S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colfondos S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Protección S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la demandante ha estado afiliada a esta sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por Protección S.A. con cargo a sus propios recursos.

QUINTO: ORDENAR a la demandada Colpensiones a recibir a la demandante Yamiled Rodas Ramírez como afiliada al Régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO: absolver a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la vinculada Colfondos S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente, condenar en costas a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y a favor de la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Sin costas respecto de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada Colpensiones remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

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 que le permitiera a la actora conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares. A más dijo que no es posible tener

como prueba de tal circunstancia la simple expresión genérica plasmada en formulario.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia proferida al argumentar que la demandante tenía el deber de estar informada y obtener ilustración sobre los servicios contratados y las características del régimen pensional. Se opuso a la condena de indexación por considerarla improcedente, bajo el entendido que las administradoras han generado rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta de ahorro individual.

Por su parte, Skandia S.A. suplicó ser absuelta de devolver gastos de seguros previsionales y comisiones debidamente indexados teniendo en cuenta que estos emolumentos fueron descontados por mandato legal, ya que fueron utilizados en pro y beneficio de la demandante.

Colpensiones arguyó que no es posible ordenar el traslado de régimen como quiera que la promotora del juicio se encuentra incurso en prohibición legal en razón de su edad. Precisó que la decisión afectará la sostenibilidad y equilibrio financiero del sistema pensional. Solicitó observar el principio de la relatividad jurídica y no olvidar que Colpensiones es un tercero de buena fe y no está llamado a asumir las consecuencias negativas de la declaración de ineficacia.

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 Instituto de Seguros Sociales, el 7 de diciembre de 1990 (expediente digital, documento 02 fls 11 a 15), migró al RAIS, a través de la administradora Colfondos S.A. el 1 de octubre de 1994. Posteriormente, el 1 de mayo de 2002 se trasladó horizontalmente a Porvenir, a ING el 1 de agosto de 2003, a Horizonte el 1 de octubre de 2004 a Skandia el 1 de julio de 2008 y a partir del 1 de octubre y en adelante a Protección (expediente digital, archivo 05 fl 49).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado un asesor de Colfondos llegó a la empresa en la cual laboraba y en una reunión informó que el Seguro Social acabaría, pero no le explicó las características del RAIS, tampoco le ilustró sobre las condiciones para acceder a la pensión, ni qué pasaría con las semanas cotizadas previamente. Adujo que los traslados horizontales se produjeron como consecuencia del engaño del cual fue víctima por parte de los fondos que visitaban sus lugares de trabajo, pero no le suministraban información completa y se limitaban a indicarse que su dinero estaba respaldado, cosa que no sucedía en el ISS y que la rentabilidad sería mejor en uno u otro fondo debido a la posición y respaldo del mercado. Empero, no le realizaron proyecciones pensionales. Informó que desea retornar a prima media pues se siente engañada porque no le indicaron cuál sería su mesada.

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 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).

Por tanto, Protección S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la promotora del juicio 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 ello, la sentencia será confirmada en esta parte. Y adicionada para indicar que 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 Colfondos, Skandia y Porvenir 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 modificada 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).

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.

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 pensión.

Impone resaltar 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. 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. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Porvenir S.A. 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 Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de octubre de 2022, que quedará del siguiente tenor: **MODIFICAR** el numeral tercero la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colfondos 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

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia en cual 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. Igualmente, condenar a Porvenir. 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.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia para 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

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

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

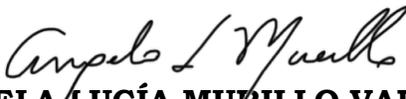
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 32 2019 00774 01.

Magistrado


ÁNGELA/LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
032 2019 00774 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2021 00515 01
DEMANDANTE: ALBA LUCIA BELTRAN PARRADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 5 de diciembre de 1995 a través de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y posteriormente a Protección S.A. En consecuencia, se ordenó a las demandadas, el traslado a Colpensiones de todos los aportes recibidos por su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses; así como asumir los deterioros sufridos por el patrimonio administrado, incluidas las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez. Asimismo, se ordene a Colpensiones a recibir la totalidad de las sumas trasladadas; y, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, se condene a se condene a las demandadas Porvenir S.A., y Protección S.A., de manera solidaria y/o individual, a pagar a título de lucro cesante futuro, desde el 26 de octubre de 2022, de manera mensual y vitalicia, la mesada pensional que le hubiese correspondido en el régimen de prima media con prestación definida, los incrementos y ajustes anuales conforme al IPC, de manera indexada y; la indemnización plena y ordinaria por los daños morales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de octubre de 1965; inició su vida laboral el 18 de abril de 1988, afiliándose al régimen de prima media administrado por el ISS, hoy Colpensiones y, continuó cotizando para los riesgos de IVM hasta el 1 de enero de 1996; cuando se trasladó a la AFP Porvenir, bajo engaños, pues ésta le ofreció el beneficio de pensionarse a más temprana edad, un monto más alto y, le manifestó que el ISS iba a ser liquidado y sus aportes se encontrarían en riesgo. Manifiesta que el formulario de afiliación a la AFP, no presenta la información suficiente, clara y concisa para tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional. No se le brindó una información clara y suficiente respecto de las implicaciones, capital, tasa de rendimientos, o descuentos. El 12 de enero de 2018, se traslada a la AFP Protección, contando con 52 años de edad, cuando ya no podía trasladarse a Colpensiones. Nunca se le presentó por parte de las demandadas proyección alguna, fórmulas actuariales, posible valor del monto pensional comparado de manera paralela en cada uno de los regímenes pensionales, a qué edad se pensionaría, o que el ahorro estaba supeditado a cambios en la bolsa. Manifiesta que al 23 de septiembre del año 2021 contaba con 1.465 semanas cotizadas y cumplió 57 años, el 26 de octubre de 2022; por lo que consolidaría los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, con un monto superior al que le corresponde en el régimen de ahorro individual con solidaridad. El 25 de agosto de 2021 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa y; solicitó documentos a las AFP demandadas, sin obtener respuesta (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 8).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la fecha de afiliación y cotizaciones al ISS; que al 1 de marzo de 2018 tenía 52 años y ya no podía trasladarse a Colpensiones; y la solicitud de traslado de régimen pensional, resuelta de manera negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, 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, buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 47).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó las cotizaciones efectuadas por la actora a esta AFP, el traslado a Protección en el 2018 y, que estas dos administradoras pertenecen al régimen de ahorro individual con solidaridad. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 38).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a esta AFP, la edad de la actora para ese momento, la imposibilidad de trasladarse a Colpensiones, la pertenencia al régimen de ahorro individual, la data en que la actora cumple los 57 años y, la petición de documentos. 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, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media, 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 declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, brindando una asesoría completa, clara y comprensible; la demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información de la afiliada (expediente digital, archivo 06, fls. 3 a 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 5 de diciembre de 2022 (expediente digital, archivo 18), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante ALBA LUCIA BELTRÁN PARRADO a través de PORVENIR S.A., de fecha 05 de diciembre de 1995, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante ALBA LUCIA BELTRÁN PARRADO como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

SÉPTIMO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y suficiente que le permitiera tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que a la accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional, como tampoco es beneficiaria del régimen de transición para poder trasladarse en cualquier tiempo; por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la condena por traslados de gastos de administración y seguros previsionales de forma indexada, por cuanto no corresponden a dineros destinados a financiar la pensión de la demandante en caso que se hubiere pensionado con Porvenir y, se trata de sumas sobre las que no ha tenido administración desde hace más de 20 años; la indexación resulta improcedente, bajo el entendido que las administradoras han generado rendimientos que incrementaron el saldo de la cuenta de ahorro individual.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de agosto de 1987 al 31 de diciembre de 1996 (expediente digital, archivo 07 fl. 48 a 49), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir, mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 01 fl. 151); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Protección, a partir del 1 de marzo de 2018 (expediente digital, documento 01, fl. 178).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó a Porvenir en el 95, cuando ésta llega a la empresa, los reunieron y les explicaron que se iba a acabar el seguro social, y que ahora iba a ser un fondo privado, que iba a ser muy bueno porque iban a ahorrar y a tener ganancias sobre la pensión, entonces pasaron en fila a firmar le formulario; la reunión se hizo en la oficina a todos los trabajadores; no hizo preguntas, no leyó el formulario; era consciente de que había un cambio en ese momento, y entendió que tocaba hacer cambiarse a Porvenir. En la reunión no se le informaron los requisitos para pensionarse, ni se le explicó la distinción de los regímenes; solo le dijeron

que el seguro iba a acabar y que lo bueno era que iban a ahorrar y a tener unos rendimientos y no perderían lo cotizado en el seguro. Indica que sí le dijeron que podía hacer aportes voluntarios, los que hizo al principio, pero después se retiró. No se le indicó el monto en que sería la pensión, solo entendió que sería mucho mejor que la del seguro, mucho mejor que el salario; tampoco se le explicó sobre el bono pensional. Acepta que todos los meses recibía extractos; no solicitó proyección pensional. Manifiesta que fue a Porvenir cuando tenía como 50 años para ver si tenía la plata y le dijeron que no podía retirar su dinero. No la obligaron a afiliarse, pero tampoco tenía otra opción en ese momento. Posteriormente se pasó a Protección. El motivo de la demanda es mejorar su pensión.

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 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 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 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. *«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).

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, la AFP Protección S.A. administradora 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 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).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir 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 vinculada 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 modificada 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).

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.

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.

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 y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de diciembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la AFP Porvenir 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 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.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia en cual 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.

TERCERO: 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo 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

Radicación n.º 110013105 032 2021 00515 01.

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2012 00476 01
DEMANDANTE: MARIA GRACIELA TREJOS DE LADINO
DEMANDADO: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA.
AD EXCLUDENDUM: MARIA JESUS AYALA GUEVARA y ANA CECILIA
LADINO TREJOS.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare que la demandada es responsable del pago de la pensión por sustitución a su favor, como única beneficiaria de su hijo fallecido ARCESIO TREJOS (q.e.p.d.); en consecuencia, se condene a cancelarle la pensión de sustitución, a partir del 10 de junio de 2009, en el monto correspondiente al 100% del valor de la mesada que disfrutaba el causante por pensión de jubilación; el retroactivo pensional; los intereses moratorios, la indexación; la correspondiente inclusión en nómina; y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que su hijo, el señor ARCESIO TREJOS, falleció el 10 de junio de 2009; fecha para la cual se encontraba disfrutando de la pensión vitalicia de jubilación, reconocida por el fondo demandado por medio de Resolución No. 667 del 04 de abril de 2003. Afirma la demandante, que a la fecha de presentación de la

demanda contaba con 77 años de edad, dependía económicamente de su hijo fallecido, quien en vida le proporcionó todo lo necesario para su congrua subsistencia. Que en vida, el causante contrajo matrimonio con MARIA JESÚS AYALA GUEVARA, respecto de la cual se decretó la cesación de efectos civiles y la consecuente disolución de la sociedad conyugal, a través de sentencia judicial del 21 de septiembre de 2002; no volvió a contraer nupcias, ni conformó unión marital de hecho alguna; para la fecha de fallecimiento era soltero y, no procreó hijos. Indica la demandante que solicitó la sustitución pensional ante la demandada el 23 de marzo de 2011, pero le fue negada mediante Resolución No. 1240 del 02 de mayo de 2011, por cuanto previamente se habían presentado a reclamar el derecho las señoras María Jesús Ayala Guevara y Ana Cecilia Ladino Trejos, en calidad de cónyuge y compañera permanente supérstites, respectivamente, a quienes se les negó la pensión por Resolución No. 3752 del 31 de diciembre de 2009. Contra la decisión negativa, la accionante interpuso recurso de reposición y; por Resolución 1920 del 25 de julio de 2011, el fondo decidió dejar en suspenso el derecho hasta que la justicia ordinaria dirima el conflicto, quedando agotada la reclamación administrativa (fls. 4 a 20).

Al contestar, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data de deceso del señor Arcesio Trejos, su calidad de pensionado de la demandada, su parentesco con la demandante, el vínculo matrimonial con la señora Ayala Guevara y su posterior divorcio y disolución de la sociedad conyugal; la solicitud pensional elevada por la actora, su resolución negativa por las razones argüidas, el recurso interpuesto, la decisión de dejar en suspenso el derecho y, el agotamiento de la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de incumplimiento de los requisitos legales establecidos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, falta de causa lícita, prescripción de las acciones surgidas de los derechos laborales, presunción de legalidad, buena fe y la genérica. En su defensa señaló, quienes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y el orden de prelación, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (fls. 79 a 85).

Mediante auto del 28 de enero de 2013, el juzgado de conocimiento dispuso aclarar que la vinculación de las terceras llamadas a juicio, lo era en calidad de ad excludendum; en consecuencia, ordenó su notificación a efectos de que formularan su pretensión, si a bien lo estiman (fl. 93).

Al no poder ser notificadas personalmente, se dispuso su comparecencia al proceso a través de curador ad litem, quien al pronunciarse manifestó no oponerse a la sustitución pensional, en el evento que la demandante acredite los requisitos de ley para ser beneficiaria, pero oponerse a la procedencia de intereses moratorios, indexación y costas. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de fallecimiento del causante, su calidad de pensionado del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles, el vínculo matrimonial con la señora Ayala Guevara y su posterior divorcio y disolución de la sociedad conyugal. La solicitud pensional elevada por la actora, la decisión negativa, el recurso de reposición interpuesto y, la decisión del fondo de dejar el derecho en suspenso hasta que la justicia ordinaria decida. Manifestó no constarle los demás (fls. 127 a 132).

El 02 de noviembre de 2016, el Juzgado le puso de presente al curador la calidad en que fueron convocadas sus representadas y le solicitó presentar escrito de demanda (fl. 269 a 270), quien se ratificó en las pretensiones propuestas en la contestación (fl. 271), ordenándose por auto del 6 de febrero de 2017, continuar con el trámite procesal correspondiente (fl. 272).

En audiencia celebrada el 21 de marzo de 2017, se corrigió el yerro cometido mediante auto del 03 de abril de 2014, en donde se dispuso vincular a la *litis* a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP (fls. 139 a 140); disponiendo tener como vinculada y obligada al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, revocando igualmente, el auto del 14 septiembre del año 2016 (fl. 264) en el cual se había ordenado su desvinculación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 01 de febrero de 2022, (expediente digital, archivo 10), resolvió:

PRIMERO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al reconocimiento de la Pensión de Sobrevivientes consagrada en el Art. 46 de la Ley 100 de 1993 a favor de MARIA GRACIELA TREJOS DE LADINO identificada con C.C. No. 25.031.773 de Quinchía - Risaralda en calidad de madre del causante, a partir del 10 de junio de 2009, por 14 mesadas al año.

SEGUNDO: DECLARAR que MARIA JESÚS AYALA GUEVARA y ANA CECILIA LADINO TREJOS, NO ostentan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes a la luz del Art. 47 de la Ley 100 de 1993, y por tanto no tienen derecho al reconocimiento de esta prestación.

TERCERO: DETERMINAR como retroactivo pensional a favor de MARIA GRACIELA TREJOS DE LADINO cuantificado desde el 10 de junio de 2009 al 28 febrero de 2022, la suma de \$241'321.570.

CUARTO: DETERMINAR cómo mesada pensional para el año 2022 la suma de \$1'741.678.

QUINTO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a INDEXAR todas y cada una de las mesadas pensionales causadas y no canceladas desde la fecha de su causación y hasta que se efectúe su pago.

SEXTO: ABSOLVER al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA respecto de la pretensión de intereses moratorios.

SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones de prescripción e incumplimiento de los requisitos legales establecidos para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: SIN COSTAS en esta instancia

NOVENO: Si esta providencia no es apelada por parte del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que las terceras ad excludendum no cumplieron los requisitos para demostrar su condición de beneficiarias como cónyuge y compañera permanente supérstites, y el causante tampoco procreó hijos. En este sentido, la demandante en calidad de madre supérstite, ostenta el derecho pensional pues logró acreditar la dependencia económica respecto del *de cuius*, sin lugar a intereses moratorios ni costas procesales en el sentido que al estar en discusión el derecho, la demandada se encontraba en una limitación legal para su reconocimiento.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

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 al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia 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 María Graciela Trejos de Ladino en calidad de madre supérstite tiene derecho a sustituir la pensión que disfrutaba Arcesio Trejos.

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que *i)* el señor Arcesio Trejos falleció el 10 de junio de 2009, según se lee en el registro civil de defunción (fl. 30); *ii)* que mediante Resolución N.º 667 del 4 de abril de 2003, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció pensión plena de jubilación al causante Arcesio Trejos (q.e.p.d.), a partir del 19 de enero de 2003, en cuantía de \$779.074,41 (fl. 56 a 58); y *iii)* que el 23 de marzo de 2011, la señora María Graciela Trejos De Ladino, solicitó ante el Fondo Pasivo Social De Ferrocarriles el reconocimiento de la sustitución de la pensión de vejez otorgada en vida al causante (fl. 32 a 34).

Igualmente se pudo verificar que la demandante elevó ante la demandada solicitud de sustitución pensional el 23 de marzo de 2011, en su calidad de madre del causante (fl. 32 a 34), pero le fue negada mediante Resolución 1240 del 02 de mayo de 2011, bajo el argumento de existir personas con mayor derecho (fl. 36 a 38 y 42); decisión contra la cual interpuso recurso de reposición (fl. 40, 44 a 46), el cual fue resuelto por

Resolución 1920 del 25 de julio de 2011, dejando en suspenso el reconocimiento hasta tanto dirima la justicia ordinaria (fl. 48 a 54).

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.

En el presente caso, quedó visto que Arcesio Trejos falleció el 10 de junio de 2009, según consta en el registro civil de defunción visible a folio 30, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que señala en su numeral 1º que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

A su vez, el artículo 47 *ibídem*, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*“a) En forma vitalicia, **el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite**, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal** pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

c) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

(Negrillas de la Sala)

Al amparo de los anteriores preceptos, pasa la Colegiatura a analizar si la demandante en calidad de madre supérstite acredita los requisitos para sustituir la pensión.

Nótese entonces, que lo primero que debe verificarse es la no existencia de una o más personas con mejor derecho. Es así como se tiene que el fondo accionado, negó en primer lugar la sustitución de la prestación a la actora, por encontrarse el derecho en discusión ante la reclamación de las señoras María Jesús Ayala Guevara y Ana Cecilia Ladino Trejos, en calidad de cónyuge y compañera permanente supérstites, respectivamente.

Pues bien, de las pruebas allegadas al proceso, se tiene que, respecto de la señora María Jesús Ayala Guevara, quien reclama en calidad de cónyuge supérstite, se logró verificar que en efecto estuvo casada con el causante, con quien contrajo matrimonio por ritos de la iglesia católica el 13 de diciembre de 1980; vínculo que estuvo vigente hasta el 21 de septiembre de 2001, cuando mediante sentencia Civil 066 de esa fecha, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Caicedonia, Valle, dispuso decretar por causal de mutuo consentimiento el divorcio y la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico y, la disolución de la sociedad conyugal (fl. 60 a 68); quedando así desvirtuado tanto el vínculo como la sociedad conyugal vigente, a la fecha de fallecimiento del *de cujus* con la señora Ayala Guevara, pues el mismo había cesado legalmente hacía más de 8 años con anterioridad al fallecimiento.

Ahora bien, respecto de la señora Ana Cecilia Ladino Trejos, quien acudió al reclamo de la prestación de sobrevivencia alegando la calidad de compañera permanente, baste con acudir a su registro civil de nacimiento, visible a folio 368, en la que se puede observar que ésta, en realidad ostentaba un vínculo de parentesco por consanguinidad con el occiso.

Al respecto, cumple precisar que acorde con el ordenamiento jurídico Colombiano, no es posible la existencia de una unión marital de hecho entre parientes que estén en la misma línea de ascendientes, descendientes o hermanos, al encontrarse tipificado en el ordenamiento punitivo como “incesto” (artículo 237 del C.P.). En este sentido, se ha pronunciado la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en Sentencia SC4263-2020 del 9 de noviembre de 2020, M.P. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO, cuando indicó:

En total, de la consagración legislativa y su interpretación jurisprudencial, se extrae la necesaria concurrencia de cinco (5) elementos esenciales para que haya una unión marital de hecho y, como consecuencia de la misma, sea posible la declaración judicial de la sociedad patrimonial, a saber:

(a) comunidad de vida entre los compañeros, quienes deciden unirse con la finalidad de alcanzar objetivos comunes y desarrollar un proyecto de vida compartido (CSJ, SC, 12 dic. 2012, rad. n.º 2003-01261-01);

(b) singularidad, que se traduce en que los consortes no pueden establecer compromisos similares con otras personas, 'porque si alguno de ellos, o los dos, sostienen además uniones con otros sujetos o un vínculo matrimonial en el que no estén separados de cuerpos los cónyuges, esa circunstancia impide la configuración del fenómeno' (CSJ, SC11294, 17 ag. 2016, rad. n.º 2008-00162-01);

(c) permanencia, entendida como la conjunción de acciones y decisiones proyectadas establemente en el tiempo, que permitan inferir la decisión de conformar un hogar y no simplemente de sostener encuentros esporádicos (CSJ, SC, 20 sep. 2000, exp. n.º 6117);

(d) inexistencia de impedimentos legales que hagan ilícita la unión, como sucede, por ejemplo, con el incesto (CSJ, SC, 25 mar. 2009, rad. n.º 2002-00079-01); y

(e) convivencia ininterrumpida por dos (2) años, que hace presumir la conformación de la sociedad patrimonial (CSJ, SC268, 28 oct. 2005, rad. n.º 2000-00591-04... (Negrillas de la Sala).

Aunado a lo anterior, de antaño ha sentado la Sala Civil de la Corte, entre otras en la sentencia traída a colación, que: “*el surgimiento de una unión marital de hecho **depende**, en primer lugar, **de la 'voluntad responsable'** de sus integrantes de establecer entre ellos, y sólo entre ellos, una 'comunidad de vida', con miras a la conformación de una familia; en segundo término, **de la materialización o exteriorización de esa voluntad, esto es, que los compañeros inicien su convivencia** y, en virtud de ella, compartan todos los aspectos esenciales de la existencia...; y, finalmente, de que ese proyecto de vida común, en las condiciones que se dejan precisadas, **se realice, día a día, de manera constante o permanente en el tiempo**» (negrita fuera de texto, Sc, 12 dic. 2011, rad. n.º 2003-01261-01).”*

Es así como tenemos que en el asunto que ahora nos ocupa, además de no resultar posible legalmente la conformación de una unión marital de hecho entre la señora Ana Cecilia Ladino Trejos y el causante, tampoco se allegó al plenario prueba alguna de la que pudiera inferirse siquiera, que hubiesen tenido al menos la voluntad de conformar una unión marital, que hayan querido conformar una familia, o que al menos hayan vivido en el mismo lugar; descartando así la calidad de compañera permanente superviviente del señor Arcesio Trejos.

Al quedar desvirtuada la existencia de vínculos con prelación de cónyuge y compañera permanente, así como no existir prueba siquiera sumaria de la existencia de descendencia del *de cuius*, es del caso proceder a verificar si la promotora del juicio, en calidad de madre del occiso, cumple con los requisitos para ser beneficiaria del derecho. Esto es, el parentesco y la dependencia económica, requeridos en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

El vínculo de parentesco se demuestra con el registro civil de nacimiento de señor Arcesio Trejos, visible a folio 28. Y para demostrar la dependencia económica, se recibieron los testimonios de Nancy Sánchez, Ariel Abaunza y William de Jesús Quintana.

Ariel Abaunza manifestó que conocer a la demandante hace aproximadamente 25 años, porque ella iba con el hijo (Arcesio) a la galería

donde él trabaja. Refiere que Arcesio tenía un negocio en diagonal a donde él trabajaba, dentro de la galería, que vendía calzado. Sabe que la demandante vive una cuadra abajo de la estación de policía; que hablaba con ella cuando iba a la galería; que el causante trabajaba ahí, era muy amigable; sabe que él vivió siempre con ella porque los veía. Indica que la señora María Graciela tuvo más hijas, pero Arcesio era el único hijo varón. Ella se ha dedicado al hogar. Tenía esposo, quien ya falleció. Que para sostenerse económicamente doña María Graciela ha vivido del negocio que le dejó su hijo Arcesio, quien vivió toda la vida con ella; era casado, pero no tuvo hijos; su esposa se llamaba María y en ese entonces vivían los tres con la demandante; él se divorció y la esposa se fue, nunca más la vió. Afirma que Arcesio le decía que él veía por la mamá, que nunca la dejaría y que él vería por ella mientras estuviera vivo. Sabe que tenía el almacén y no le conoció más bienes. Cuando falleció Arcesio la señora María Graciela quedó viviendo con una hija, que no sabe cómo se llama. Que la demandante quedó a cargo del almacén, pero consiguió una empleada, para que vea por el almacén y ella depende de eso.

Nancy Sánchez Parra indicó conocer a la señora María Graciela Trejos de Ladino. Conoció al señor Arcesio Trejos hace aproximadamente 15 años, fue cliente de él porque ha vivido en Caicedonia; él tenía un negocio de zapatos en la galería que actualmente es de la demandante, sabe que es de ella, porque él ya no está. Indica que a la señora María Graciela la conoce hace 15 años. Que es amiga de Ana Cecilia, la hija de ella; que tiene varios hijos, no sabe los nombres porque no ha vivido con ellos, pues viven en varias partes, pero ha conocido siempre a doña Graciela y Ana Cecilia. Afirma que le consta que la actora vivía con el hijo que falleció, refiere que era Arcesio, y que le consta porque es testigo, pues era cliente de él y también tenía un negocio de minutos, además porque iba a la casa de ellos, en la calle 14 17-34, pues era amiga de ellos, iba por ahí cada 8 días, cada 15 días porque era allegada. Vivían ellos dos y él veía por ella, que no vivía nadie más. En cuanto a la hija, dice que de pronto si venía y volvía y se iba, que la actora tiene varias hijas que venían y se iban, pero el que vivía siempre era el hijo (Arcesio). Que el negocio que era de Arcesio actualmente lo atiende Ana Cecilia, la hermana de él, pero es de María Graciela. No se dio cuenta que Arcesio fuera casado, siempre lo vio

solo, pasaba para su negocio y entraba y salía solo. La testigo iba los sábados, el día de mercado, porque era cliente de él, iba a abonarle porque le sacaba calzado. No supo que haya tenido hijos. Sabe que María Graciela siempre ha sido ama de casa; no sabe que tenga bienes de propiedad. Indica que ella vivía con lo que le daba el hijo, porque el hijo vivía era para ella, él era el que veía por ella y, actualmente vive del almacén que era de él. Cuenta que Arcesio le decía que la vida de él era la mamá, que por eso él no había sentado cabeza con ninguna mujer. Sabe que él tenía el almacén y nada más. Él siempre vivía en Caicedonia y María Graciela también con él.

Finalmente, William de Jesús Quintana manifestó conocer a la señora María Graciela Trejos, madre del señor Arcesio Trejos, hace aproximadamente 18 años; la conoció en el negocio de la galería porque tiene su negocio en la galería donde el hijo que falleció. No conoce a la señora María de Jesús Ayala Guevara ni a Ana Cecilia Ladino Trejos. Afirma haber vivido los últimos 10-15 años de su vida en esos sectores de Caicedonia. Indica que el causante era un amigo, una buena persona, un señor que tenía su negocio ahí en la galería y era vendedor de zapatos, botas y todo eso, en la galería; que siempre le ha comprado botas, chanclas y todo eso, entonces llegaron a tener una buena amistad; y tenía créditos si necesitaba. Cuando Arcesio fallece el negocio le quedó a la mamá, ella era la dueña, la cabecilla del negocio, ella ya está viejita, tuvo empleadas y ella al frente del negocio, y en este momento está una hija que es la que le está manejando el negocio, que se llama Ana. Sabe que el causante vivía con la mamá, pues siempre lo veía con la mamá dentro del negocio y ella era la que le hacía su desayuno, la que le traía el almuerzo; indica que nunca fue a la casa, pero a diario lo veía con la mamá, dentro del negocio lo veía a diario con ella. No sabe que fuera casado, nunca le llegó a ver familia. Actualmente la señora María Graciela mantiene con la hija de nombre Ana.

Al absolver interrogatorio de parte la accionante manifestó tener 83 años, vive en Caicedonia, es viuda y, vive con su hija Ana Cecilia. Tiene 6 hijos vivos; tuvo un solo varón, que era Arcesio Trejos, quien murió de un infarto al corazón. Cuando Arcesio murió trabajaba en el ferrocarril;

cuenta que él tuvo mujer, después no sabe qué fue lo que pasó entre ellos, lo dejó y se fue lejos, no sabe para dónde; se llamaba María Ayala. Él no tuvo hijos, él le había dicho que no podía tener hijos por un mal en la próstata. Cuando la esposa se fué, él quedó viviendo en Caicedonia con la demandante; cuando estuvo casado también vivían con ella, les hacía de comer y les traía a los dos en la galería. Cuando su hijo murió ya estaba pensionado. Indica que Ana Cecilia ha estado con ella en las buenas y en las malas, en lo que hace que su hijo faltó y también venía a pasearla, pero también se iba, cuando él ya murió ella es la que responde por la demandante a todo momento. Afirma que toda su vida se ocupó de sus hijas, pero ellas crecieron y se fueron con sus maridos y la dejaron con el niño nada más, fue quien la ha ayudado toda la vida y le siguió ayudando cuando se murió, porque le dejó un negocito; se refiere a Arcesio Trejos; dice que él le dejó administrar la industria, pero está muy mala la venta. El negocio lo atiende su hija Ana Cecilia. Cuando Arcesio vivía, él le daba la ropa, zapatos, la llevaba donde el médico, le daba los gastos de remedios, la mantenía con todo, “con todo señor con mucha devoción”, con remedios, droga, vestidos y comida, todo se lo daba en la casa; indica que ella siempre le trabajó a él también, porque le ayudaba a hacer de comer y ver la galería y cuando tenía mujer les traía la comida a los dos. Indica que tiene casa propia hace por ahí 5 años. Que sus otras hijas no le ayudaban porque son muy pobres y; que el causante vivió con ella desde que se pensionó de Ferrocarriles.

Es oportuno señalar que el texto del literal d), artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; exigía para los padres del causante, la dependencia económica “*de forma total y absoluta*”, no obstante, este aparte fue declarado inexecutable por la H. Corte Constitucional, mediante sentencia C-111 de 2006, al argumentarse que corresponde a “*los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.*”.

Sobre el punto, también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que esta dependencia no tiene que ser total y absoluta, es decir, que si bien debe existir una relación de sujeción de aquellos con respecto a la ayuda del hijo, tal situación no excluye que puedan percibir rentas o ingresos adicionales, siempre y cuando, estos no los convierta en autosuficientes desde el punto de vista económico, que es lo que debe analizarse a la hora de determinar la existencia de la dependencia económica (CSJ SL6390-2016, SL11155-2017, SL1804-2018, SL3085-2021 y SL3173-2021).

Precisado lo anterior, y analizados en conjunto los medios probatorios antes señalados, estima la Sala que la demandante en efecto logró demostrar la dependencia económica respecto de su hijo. Ello en el entendido que vivía con él para el 10 de junio de 2009, cuando se produjo su deceso (fl.30), igualmente, el descendiente contribuía de manera importante con el sostenimiento del hogar compuesto tan solo por ellos dos, pues era quien se encargaba de cubrir los gastos.

Es oportuno advertir que el ordenamiento jurídico no contempla como requisito de procedencia de la pensión de sobrevivencia la prueba de un monto exacto con que el afiliado contribuya a los gastos del hogar. En el presente caso, basta el relato de los testimonios practicados para colegir la ayuda del descendiente a su progenitora, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una señora de avanzada edad, pues nótese que a la fecha de fallecimiento de su hijo contaba con 74 años de edad, toda vez que nació el 30 de agosto de 1934 (fl 24); y no se verificó ayuda por parte de algún otro familiar.

Del mismo modo, debe tenerse en cuenta que el hecho de que actualmente perciba otra pensión por sobrevivencia de su cónyuge, dicho ingreso devino de manera posterior a la causación de la prestación reclamada en el presente litigio, pues nótese que fue concedida por resolución 199812 del 05 de agosto de 2013 (Archivo 49, folio 243 CC-1373326), esto es, más de 4 años después de acontecido el fallecimiento de su hijo, sin que la mora en el reconocimiento y la verificación de ingresos

en el lapso transcurrido entre la causación del derecho y su declaración puedan afectar su procedencia.

Bajo este panorama, resulta evidente que la accionante cumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues demostró su calidad de madre superviviente dependiente del pensionado, resultando su única beneficiaria. En consecuencia, tal como acertadamente concluyó el a quo tiene derecho a sustituir la pensión que en vida disfrutó Arcesio Trejos.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al reconocer el derecho de la actora respecto de la pensión de sobrevivencia reclamada por el fallecimiento de su hijo; razón por la cual, de conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la sentencia consultada.

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta.

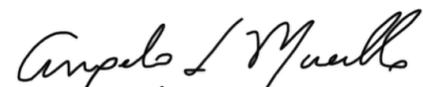
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
032 2012 00476 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 00561 03.
DEMANDANTE: ROSA GLADYS AMAYA USUCHE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de octubre de 2020. Igualmente, el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP a anular la afiliación, 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 y gastos de administración. A la última a recibir los recursos. Pide se declare que los aportes realizados por el Consejo de Bogotá a Colfondos realmente correspondían a Porvenir S.A. 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 3 de diciembre de 1960, actualmente cuenta 58 años, laboró para empleadores públicos y privados desde el 15 de octubre de 1982, aportó al ISS 314 semanas y en toda la vida laboral 1.680 semanas. Refirió que el 18 de septiembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), segura que el Seguro Social se acabaría y que por tanto no se podría pensionar. Adujo que su empleador Bogotá D.C entre octubre del 2000 y marzo del 2007 cotizó sus aportes pensionales a Colfondos, pese a no mediar traslado horizontal y no realizó la devolución de los mismos. Señaló que la única afiliación a Colfondos la realizó al fondo de cesantías en el 2003. En febrero del 2007 retorno a Porvenir y la asesoría omitió informarle que por contar con 46 años le era posible trasladarse a prima media, tampoco le realizó proyección o simulación pensional. Dijo que las demandadas le negaron el retorno a prima media (expediente digital, archivo 01, fls. 5 a 47).

Colpensiones rechazó la prosperidad de las pretensiones. Admitió, la data de nacimiento de la actora, su edad, las semanas cotizadas al ISS, el traslado al RAIS, la solicitud de retorno a prima media y la respuesta negativa. 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 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 incurra en prohibición legal en razón a su edad (expediente digital, archivo 1 fls. 121 a 157).

Colfondos se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió la edad fecha de nacimiento de la promotora del juicio. Dijo que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de

inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 anulación del traslado, compensación y pago y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses señaló que la demandante tuvo a su disposición elementos que le permitieran tomar una decisión informada (archivo 1 fl. 279 a 304).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. 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. 334 a 374).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de octubre de 2020 (expediente digital, archivo 23), resolvió:

PRIMERO: Se DECLARA la ineficacia del traslado efectuado por Rosa Gladys Amaya Useche al de ahorro individual con solidaridad con Porvenir y en consecuencia se ordena a Porvenir trasladar a Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

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

TERCERO: Se CONDENA a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a afiliar nuevamente a Rosa Gladys Amaya Useche al régimen de prima media con prestación definida y a recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado en la administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

CUARTO: Se CONDENAN en costas a es Porvenir S.A., por lo tanto, señalamos como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 que se incluyen en la liquidación de costas. Sin costas para Colpensiones, ni para Colfondos

QUINTO: De no apelarse la decisión se remite 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

Inconforme Colpensiones apeló lo resuelto al argumentar que la demandante para el momento del traslado conocía diferentes características propias del RAIS a tal punto que pudo decidir libre y voluntaria cambiar de régimen. Señaló que la testigo Martha González informó que a la actora le fue suministrada información, fue asesorada sobre la forma en que la actora accedería a la pensión. Arguyó que la sentencia atenta contra la sostenibilidad del sistema

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 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 historia laboral la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de octubre de 1982 (expediente administrativo fls. 1 a 6), migró al RAIS, administrado por la AFP Porvenir el 18 de septiembre de 1998, mediante la suscripción de formulario de afiliación (archivo 1, fl.

380). Luego, se cambió horizontalmente a Colfondos el 1 de junio de 2.000 y retornó a Porvenir el 1 de abril de 2007 (archivo 1 fl. 376).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para el momento del traslado prestaba servicios al Consejo de Bogotá allí se presentó un asesor del fondo, entregó formularios y manifestó que el ISS desaparecería, que al trasladarse podría pensionarse anticipadamente y con un monto superior, en razón a la rentabilidad que se produciría, pero no le explicó cómo ello sucedería. Dijo que, en 2003, quiso trasladarse en cesantías a Colfondos, pero fue trasladada en pensiones. Refirió que cuando contaba con 46 años retornó a Porvenir y en esta oportunidad, no le indicaron que podía retornar a prima media. Expuso que al cumplir 57 años fue a las oficinas de la AFP y allí le informaron que su pensión sería mínima y evidenció que el monto no se compadecería con los aportes que ha efectuado y que no le permite costear sus gastos, razones estas que además la motivan a retornar a Colpensiones.

A petición de la parte demandante fueron escuchados los testimonios de Martha González, Alexandra Medrano, Carlos Gamboa y Cesar Meléndez quienes fueron compañeros de trabajo de la promotora del juicio; no obstante, los dos últimos no estuvieron presentes al momento del traslado. Las restantes, coincidieron en señalar que el asesor pasó y dejó los formularios en el escritorio y piso de presente que el ISS se iba a acabar, entre tanto, en el fondo tendría una cuenta individual que generaría rendimientos y le permitiría pensionarse anticipadamente.

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 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 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)

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 Porvenir, 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 la AFP Colfondos 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 la afiliada 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 21 de octubre de 2020, que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Porvenir 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. CONDENAR a Colfondos 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

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 MUXILLO 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 035 2020 00117 01.
DEMANDANTE: GABRIEL AFANADOR SOLANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada de la parte demandada (folio 14 y ss), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.049.614.551 y T.P. No. 246.554 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que adquirió su status pensional el 23 de noviembre de 2009, pero solo pudo hacerlo exigible en mayo de 2018, cuando la Aeronáutica de Medellín – SAM, hoy Avianca S.A., realizó el pago a COLPENSIONES del cálculo actuarial del periodo comprendido entre el 02 de julio de 1972 al 01 de junio de 1978; igualmente, que se declare que la efectividad de la pensión corresponde a la fecha en que adquirió su derecho pensional y que COLPENSIONES aplicó de manera indebida la prescripción trienal de las mesadas pensionales. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar las mesadas comprendidas entre el 23 de noviembre de 2009 y el 28 de

septiembre de 2015 de manera indexada; lo ultra y extra patita y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo vinculado laboralmente con la Sociedad Aeronáutica de Medellín – SAM, hoy AVIANCA S.A., así: (i) con SAM, entre el 15 de marzo de 1978 y el 10 de junio de 1992, como programador de servicios, y (ii) con AVIANCA, entre el 02 de julio de 1972 y el 01 de junio de 1978, en el cargo de ingeniero de vuelo. Que la sociedad aeronáutica, no realizó los aportes a pensión del periodo comprendido entre 1972 y 1978. El 23 de noviembre de 2009, el demandante cumple los 60 años de edad, sin embargo no contaba con las semanas cotizadas requeridas. El 14 de septiembre de 2017, la sociedad aeronáutica, solicitó a COLPENSIONES el cálculo de reserva actuarial del periodo referido y en el mes de mayo de 2018, realizó el pago respectivo; actualizando la historia laboral del accionante en agosto de ese año. En septiembre de 2018, el demandante solicita a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante Resolución No. SUB 325431 del 17 de diciembre de 2018, a partir del 23 de noviembre de 2009, en cuantía de un millón veintidós mil setecientos treinta y ocho pesos m/cte (\$1.022.738), con efectividad a partir del 28 de septiembre de 2015; decisión impugnada por él dada la aplicación indebida de la prescripción trienal. Mediante actos administrativos SUB 45176 del 22 de febrero de 2019 y DPE 580 del 12 de marzo de 2019, la accionada resuelve los recursos de reposición y apelación, respectivamente, confirmando la decisión (fls. 5 a 10, archivo 01).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la fecha en que el demandante cumplió los 60 años de edad, la data de actualización de su historia laboral, la solicitud de pensión elevada por el actor; el reconocimiento de la prestación aclarando que lo fue a partir del 28 de septiembre de 2015, la impugnación y los actos administrativos que confirmaron la decisión. Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste

alguno, carencia de causa para demandar, compensación, 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 al actor se le reconoció la pensión de vejez a partir del 28 de septiembre de 2015 fecha en la cual se dio la efectividad del derecho, toda vez que las mesadas reclamadas previas a esa data, se encontrarían prescritas, puesto que su reclamación se dio solo hasta el 28 de septiembre de 2018 (archivo 5 del expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de noviembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: NEGAR en su totalidad las pretensiones de la demanda presentada por GABRIEL AFANADOR SOLANO, por las razones esbozadas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, propuestas por COLPENSIONES.

TERCERO: Costas de la instancia a cargo del demandante GABRIEL AFANADOR SOLANO, como se indicó en la parte motiva.

CUARTO: En caso de no ser recurrida la decisión, se concede el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser la sentencia totalmente desfavorable a los intereses del accionante.

Como sustento de su decisión, señaló que si bien el derecho del actor era exigible a partir del 23 de noviembre de 2009, no activó las herramientas jurídico procesales para buscar un pronunciamiento por parte de la administración de justicia frente a la acreencia pensional y al pago de los aportes insolutos, dejando a merced de la entidad pensional y a la gestión del empleador, la generación del cálculo actuarial, pago que solo ocurrió el 14 de septiembre de 2017, sin que ello fuera óbice para que el demandante buscara por vía judicial el reconocimiento pensional. Al elevar el accionante su última reclamación el 28 de septiembre de 2018, es dable inferir que no se equivocó la entidad accionada al reconocer la pensión con efectividad a partir del 28 de septiembre de 2015, en aplicación de la prescripción de todas las mesadas causadas con anterioridad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, aduciendo que se le está trasladando al demandante la sanción por inactividad del empleador, pues la prescripción trienal solo puede aplicarse desde el momento en que se hace exigible el derecho, lo cual ocurrió solamente cuando Avianca realizó los pagos de los aportes. Igualmente, aduce que la inactividad del actor en reclamar, no se produjo por hechos imputables a él, pues para la época en que debió haber elevado la solicitud ante Avianca, se encontraba privado de su libertad en los Estados Unidos, situación que le impidió acudir oportunamente a instancias judiciales para el reconocimiento de su derecho.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio tiene derecho al pago de las mesadas pensionales desde el 23 de noviembre de 2009 de manera retroactiva, o si se aplica la prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 28 de septiembre de 2015.

Es verdad probada en el proceso que el demandante alcanzó los 60 años de edad el 23 de noviembre de 2009, como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía (fl 16, archivo 01); que efectuó cotizaciones hasta septiembre de 2007, según se observa del reporte de semanas cotizadas (fl.18 a 23, archivo 01); que solicitó por primera vez su pensión de vejez, el 08 de abril de 2015, la cual le fue negada mediante Resolución GNR 293949 del 24 de septiembre de 2015, por no acreditar los requisitos mínimos para causar el derecho, como se lee en el acto administrativo DPT 580 de 2.019 (fl 55 a 61, archivo 01).

Posteriormente, luego del pago del cálculo actuarial por parte de Avianca S.A., por el periodo comprendido entre 02 de enero de 1981 y el 10 de junio de 1992, según se lee de la comunicación de ésta última al accionante (fl 24 a 25, archivo 01); el señor Afanador Solano, el 28 de septiembre de 2018, solicitó nuevamente a Colpensiones su derecho

pensional (fl. 46, archivo 01); por lo que, la entidad le reconoció la pensión de vejez mediante Resolución SUB 325431 del 17 de diciembre de 2018 a partir del 28 de septiembre de 2015, en cuantía inicial de \$870.214 (fls. 30 a 37, archivo 01); decisión contra la cual, el accionante interpuso los recursos de reposición, en subsidio apelación, al considerar que la prestación le debió ser reconocida desde el 23 de noviembre de 2009 (fl. 38 s 39, archivo 01). Finalmente, mediante acto administrativo SUB45176 del 22 de febrero de 2019, le fue resuelta la reposición (fl 48 a 54, archivo 01), y mediante Resolución DPE 580 del 12 de marzo de 2019, la apelación (fl. 55 a 61, archivo 01), confirmando en ambas oportunidades la decisión inicial.

Pues bien, el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 dispone que *“la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*. Igualmente, el artículo 35 del citado precepto legal, señala que *“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.”*

En ese horizonte, existe una clara diferencia entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales, dado que el primer evento, se suscita en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la prestación, es decir, que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de éstos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Entre tanto, el disfrute opera previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutarla.

En el caso concreto se advierte que, conforme al reporte de semanas cotizadas actualizado al 24 de febrero de 2020, allegado junto con la demanda y no discutido o tachado por la entidad, el último aporte realizado por el demandante corresponde al periodo de septiembre de 2007 (fl 18 a 23, archivo 01).

Igualmente, como quedó visto, está demostrado que el promotor del juicio nació el 23 de noviembre de 1949, por lo que los 60 años de edad los alcanzó el 23 de noviembre de 2009, época para la cual contaba con 1.164 semanas cotizadas. No obstante, solo petitionó su derecho por primera vez el 8 de abril de 2015, cuando aún no se había efectuado el cálculo actuarial respecto de las semanas a cargo de Avianca S.A., para acreditar la totalidad de requisitos para acceder a la prestación de vejez en los términos previstos en el Decreto 758 de 1990, aplicable al actor, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Nótese que, la entidad mediante Resolución GNR 293949 del 24 de septiembre de 2015, negó el reconocimiento de la prestación por cuanto para ese momento no acreditaba el mínimo de semanas cotizadas; y solo hasta el 28 de septiembre de 2018, el promotor del juicio reclamó por segunda vez su prestación, luego de que Avianca S.A. efectuara el correspondiente cálculo actuarial; oportunidad esta última en la que le fue concedida aplicándole la prescripción trienal de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de septiembre de 2015, fecha a partir de la cual le fue reconocida su prestación por vejez.

Resulta evidente, que, aunque el actor reclamó la prestación desde el 2015, cuando ya contaba con los requisitos, no inició el trámite pertinente a fin de obtener el cálculo actuarial por parte de Avianca S.A, sino hasta el 2017, para con ello, acreditar el requisito mínimo de semanas para obtener el derecho y, aunado a ello, no inició el proceso ordinario. En consecuencia, el fenómeno extintivo de la prescripción afectó las mesadas causadas con anterioridad al 28 de septiembre de 2015, en los términos del artículo 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Con arreglo a dichos preceptos normativos, los derechos sociales prescriben en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, sin embargo, el simple reclamo escrito sobre un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por un lapso igual.

Recuérdese que en materia pensional no se admite la prescripción extintiva del derecho en sí mismo, dada su naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia, por ello, la extinción resulta viable, exclusivamente, respecto de las mesadas que no se solicitaron dentro de los tres años anteriores a aquel en que se efectúa la reclamación de la prestación.

Así las cosas, aun cuando la pensión de vejez del demandante procedía a partir del 23 de noviembre de 2009, la solicitó ante la enjuiciada el 8 de abril de 2015, interrumpiendo el término prescriptivo por un lapso igual, petición negada según Resolución GNR 293949 del 24 de septiembre de 2015, la cual quedó en firme, y solo reclamó nuevamente el 28 de septiembre de 2018, oportunidad en la que le fue concedido el derecho, por cuando esta vez sí acreditaba los requisitos; por ende, se tiene que las mesadas pensionales exigibles con anterioridad al 28 de septiembre de 2015, en efecto se encuentran prescritas.

Finalmente, cumple destacar que las razones personales por las cuales el demandante no haya efectuado la solicitud en tiempo, no es causal para revivir los términos, pues éstos son legales que operan en derecho.

Bajo este panorama, no es posible reconocer la causación de las mesadas causadas con anterioridad a la data reconocida por la entidad de seguridad social, debiéndose confirmar la decisión del *a quo*.

No se causan costas en esta 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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 035 2021 00443 01.
DEMANDANTE: EUNICE MEDINA ÁRIAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por las demandadas AFP 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 8 de julio de 2022. Igualmente, el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la *anulación por 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 y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP 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 y gastos de administración. En caso que la pensión haya sido reconocida, previo al traslado, el fondo deberá ser condenado a seguir cancelando la mesada pensional hasta cuando se produzca el traslado de recursos a

prima media. 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 se afilió al ISS 12 de diciembre de 1985. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir en septiembre de 2005. Adujo que el promotor de la AFP, se limitó a diligenciar el formulario, pero no le ofreció 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, ni le fueron realizadas proyecciones pensionales. Adujo que su mesada en el RAIS ascendería a \$1.623.151, entre tanto, en prima media a \$6.629.210. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a prima media, pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 36).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó la el traslado al RAIS, la solicitud de retorno a prima media y la cotización actual a dicho fondo. Manifestó que los demás hechos de la demanda no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. 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 08 fls. 1 a 23).

Colpensiones rechazó la prosperidad de las pretensiones. Admitió, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado al RAIS, la solicitud de retorno a prima media y la respuesta negativa. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1.604 del Código Civil, 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 incurra en prohibición legal en razón a su edad (expediente digital, archivo 12 fls. 1 a 44).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de julio de 2022 (expediente digital, archivo 23), resolvió:

PRIMERO: Se DECLARA la ineficacia del traslado efectuado por Eunice Medina Arias del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir como en consecuencia se ordena a dicho fondo a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir a pagar con su propio patrimonio cada la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció atada al fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Se CONDENA a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a volver afiliarse nuevamente a Eunice Medina Arias al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A. en la forma indicada en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada fondo de pensiones Porvenir S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 que se incluyen en la liquidación de costas. Sin costas para Colpensiones,

QUINTO: De no apelarse la 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 apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclamó revocar la sentencia, pues la demandante esta incurso en prohibición legal para retornar a prima media en razón de su edad actual. Arguyó que la actora en el interrogatorio confesó que no fue coaccionada para afiliarse para ese momento era persona mayor de edad, capaz, profesional en derecho por tanto no se trata de un afiliado lego que como conocía las implicaciones del cambio de régimen y debió concurrir debidamente informada a la suscripción del acto jurídico. A más, realizó aportes voluntarios con lo cual se verifica que conocía las características del régimen. Preciso que la sentencia atenta contra el equilibrio financiero del sistema y con ella se afectaría la reserva pensional. Solicitó mantener la condena del traslado de la totalidad de aportes contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora y actualizar el sistema de información.

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 en el RAIS. Señaló que la ignorancia de la ley no exime de responsabilidad máxime en este caso en que la demandante es abogada quien conoce la norma. 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.

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 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 historia laboral la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de diciembre de 1985 (archivo 13, fls. 1 a 9 2), migró al RAIS, administrado por la AFP Porvenir el 29 de julio de 2005, mediante la suscripción de formulario de afiliación (archivo 08, fl. 70).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que empezó a cotizar en 1985, se trasladó al RAIS en el 2005, época para la cual prestaba servicios como abogada en la Cámara de Comercio de Bogotá, allí se presentó un asesor del fondo, remitido por Recursos Humanos, quien de manera individual expuso que el ISS se iba a acabar y le dijo que podría pensionarse anticipadamente y con un monto superior, pues ya tenía un gran historial de cotización que se materializaría en un bono pensional, pero no le explicó cómo ello sucedería. Expuso que firmó el formulario de vinculación sin leerlo. Señaló que con posterioridad le explicaron sobre el fondo de pensiones voluntarias y admitió que realizó los mismos y los retiró. Informó que su deseo de retornar a prima media radica en el monto de la pensión que le ofrece 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 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 faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

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 Porvenir, 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).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por la afiliada 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 8 de julio de 2022, que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Porvenir 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 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



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2019 00628 01.
DEMANDANTE: TERESA DEL CARMEN CARDOZO DE MORA, ROSA ELENA CARDOZO DE MORA, MARÍA MERCEDES CARDOZO SALAMANCA Y BERTHA INÉS CARDOZO SALAMANCA.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

Las accionantes pretenden que se declare que en su condición de herederas de la causante ANA CECILIA CARDOZO SALAMANCA, tienen pleno derecho a que se les devuelva la totalidad de aportes realizados para pensión por su difunta hermana; en consecuencia, se condene a la demandada a devolverles los aportes referidos, debidamente indexados, junto con los intereses de mora en los términos del artículo 884 del Código de Comercio, y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narraron que la señora ANA CECILIA CARDOZO SALAMANCA nació el 15 de noviembre de 1961 y falleció el 11 de agosto de 2018, a la edad de 56 años, 8 meses y 26 días. Cotizó al sistema de seguridad social desde el 26 de mayo de 1989 hasta el 30 de junio de 2015. A la fecha de su fallecimiento tenía cotizadas 1.334 semanas y no cumplía la edad mínima para la pensión de vejez, pues no

pertenecía al régimen de transición. Siempre fue soltera, no dejó descendencia, sus padres ya han fallecido y, le sobreviven sus hermanas legítimas, todas mayores de edad, plenamente capaces (fls. 5 a 14 del expediente digitalizado).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la fecha de nacimiento y fallecimiento de la causante Ana Cecilia Cardozo Salamanca (q.e.p.d.); el tiempo de cotización al sistema de seguridad social, y que al fallecimiento tenía cotizadas 1.334 semanas pero no la edad para pensión, pues no pertenecía al régimen de transición. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que las accionantes no demostraron que se encuentran en estado de invalidez o que dependían y sustentaban sus necesidades de los ingresos económicos que percibía la señora Ana Cecilia Cardozo Salamanca, por lo que no son beneficiarias de la prestación solicitada (fls. 1 a 9, archivo 02).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de enero de 2022, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por las señoras TERESA DEL CARMEN CARDOZO DE MORA, ROSA ELENA CARDOZO DE MORA, MARIA MERCEDES CARDOZO SALAMANCA y BERTHA INES CARDOZO SALAMANCA.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de Inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR en costas a las demandantes. Líquidense con la suma de 1 SMLMV por concepto de agencias en derecho.

CUARTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en caso de no ser apelada, conforme con lo dispuesto en el artículo 69 CPTSS a favor de la parte actora.

Para arribar a la decisión anterior, básicamente, señaló que la *de cujus*, al momento de su fallecimiento, no alcanzó a cumplir los requisitos previstos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la indemnización sustitutiva, pues no contaba con la edad mínima requerida para el acceso a la pensión de vejez. Aunado a lo anterior, indica que no se cumple con los requisitos mínimos exigidos para que las demandantes sean acreedoras de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, al no ser beneficiarias, pues si bien demostraron la relación de consanguinidad, al ocupar el último nivel de prelación como hermanas de la causante, debían acreditar también la dependencia económica y un estado de indefensión, lo cual no ocurrió.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante arguyó que si bien la decisión es fundamentada desde el punto de vista legal, la legislación vigente contiene vacíos que van en detrimento del grupo familiar, en la medida que no contempla a los hermanos no dependientes como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Así, en aras de garantizar el derecho a la igualdad frente a los beneficiarios del régimen de ahorro individual con solidaridad, se deben aplicar normas superiores, como el artículo 13 y 53 de la carta superior. Finalmente, resalta que la jurisprudencia de las altas cortes ha reiterado que Colpensiones es un mero administrador de los aportes que se depositan en el fondo de pensiones públicas, por lo que se presentaría una confiscación de dineros que no le pertenecen.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si las accionantes tienen derecho a la devolución de los aportes que en vida realizara su hermana ANA CECILIA CARDOZO SALAMANCA (q.e.p.d.), para pensión, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto es, si es viable reconocer una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes.

Son hechos probados e indiscutidos, que *i)* la causante estuvo afiliada y cotizó al régimen de prima media con prestación definida,

administrado por el ISS y luego por Colpensiones, del 26 de mayo de 1989 al 30 de junio de 2015, acumulando un total de 1.334 semanas de cotización, según se verifica con el reporte de semanas cotizadas en pensiones (fl. 15 a 24); y *ii*) que para la fecha de su fallecimiento contaba con 56 años, 8 meses y 26 días, como se desprende de su registro civil de nacimiento (fl. 25), cédula de ciudadanía (fl. 27) y registro civil de defunción (fl. 28); por lo que no había llegado a la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión de vejez, en los términos de la Ley 793 de 2003.

Pues bien, como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en sentencia SL6397-2016, Rad. 42679, la pensión de sobrevivientes tiene por finalidad la de amparar a la familia del trabajador que económicamente dependiera de éste, con el objeto de poder seguir sufragando sus necesidades.

Así, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, establece que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“(...) 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)”

A su vez, el artículo 47 *ibidem*, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, establece en su literal “e” como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*“(...) e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios **los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.**”* (Negritas de la Sala)

Y el artículo 49 de la Ley 100 de 1993 establece la figura de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 49. *Los miembros del grupo familiar del afiliado que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos exigidos para la pensión de sobrevivientes, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una*

indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prevista en el artículo 37 de la presente Ley.”

De acuerdo con los preceptos normativos citados, es indispensable para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes pretendida en el sub judice, acreditar la condición de beneficiarios de la causante.

Para este efecto, afirman las demandantes que la causante siempre fue soltera, no dejó descendencia y, que sus padres ya han fallecido, lo que soportan allegando los registros civiles de defunción de cada uno (fl 30 y 32); por lo que son ellas cuatro, las llamadas a reclamar los aportes de la pensión de su fallecida hermana; parentesco que demuestran con los registros civiles de nacimiento de cada una de ellas (fl. 33 a 39).

Sin embargo, no se puede pasar por alto que el literal “e” del artículo 47 de la Ley, establece que para que un hermano sea beneficiario, se requiere que se encuentre en un estado de invalidez y que existiera una dependencia económicamente respecto del *de cujus*, situación que aquí no ocurrió, pues por el contrario, desde la demanda manifestaron ser todas mayores de edad y plenamente capaces.

Dicho requisito ya fue estudiado por la Corte Constitucional y declarado exequible mediante sentencias C-066-16 de 17 de febrero de 2016 y C-896-06 de 1 de noviembre de 2006, y condicionalmente exequible mediante Sentencia C-034-20 de 6 de febrero de 2020, bajo el entendido que también incluye como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los hermanos menores de edad que dependían económicamente del afiliado o pensionado fallecido, a falta de madre y padre.

Bajo las anteriores consideraciones, no se equivocó el a quo al negar las pretensiones de la demanda, en el entendido de no haberse demostrado por las accionantes, ser beneficiarias de su fallecida hermana y, por ende, no ostentar el derecho a la indemnización reclamada.

Ahora bien, tampoco es viable el alegato del apelante, en el sentido de indicar que debe aplicarse el derecho a la igualdad frente a los beneficiarios del régimen de ahorro individual. Nótese que el artículo 76 de la Ley 100 de 1993, establece para dicho régimen que *“En caso de que a la muerte del afiliado o pensionado, no hubiere beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, las sumas acumuladas en la cuenta individual de ahorro pensional, harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante”*.

Al respecto, baste con indicar que el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, son dos sistemas pensionales totalmente distintos e independientes, que se rigen por normatividades y parámetros diferentes, tanto en su regulación, como en su financiación. Así, mientras el primero es un **régimen solidario** de prestación definida, en el que los aportes de los afiliados y sus rendimientos, constituyen un **fondo común de naturaleza pública**¹; el segundo constituye un conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, **basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones** y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al Fondo de Solidaridad, en el que se procura el mejor **retorno** posible al final del periodo de acumulación de aportes o hasta cuando el afiliado y/o sus beneficiarios tengan derecho a la pensión bajo la modalidad de retiro programado².

Como su nombre lo indica, el régimen de ahorro individual con solidaridad, es un **ahorro** de cada afiliado que al final se retornará de una u otra forma a su beneficiario; mientras que el régimen de prima media se constituye en un fondo común de los aportes de todos los cotizantes, para que el estado pueda garantizar el pago de las prestaciones de los pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas.

¹ Artículo 32, Ley 100 de 1993

² Art. 59, ídem.

Por lo anteriormente explicado, no es dable aplicar en el presente asunto, el derecho a la igualdad, la condición más beneficiosa o el principio de favorabilidad, ni menos una remisión analógica para aplicar una normatividad distinta a la que consideró la juez de primera instancia, pues el ordenamiento jurídico es claro, sin dejar vacíos respecto del procedimiento aplicable en estos casos y, sin que pueda hablarse de una “*confiscación*” como indica el apelante, respecto de los aportes que hacen parte de la masa del fondo común para garantizar las prestaciones de los afiliados al régimen administrado hoy por Colpensiones.

Bajo las consideraciones aquí expuestas, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en esta 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
036 2019 00628 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2020 00227 01.
DEMANDANTE: LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada de la parte demandada (folio 10 y ss), se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. KAREN JULIETH NIETO TORRES identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.023.932.298 y T.P. No. 280.121 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare: *i)* que Colpensiones incumplió su obligación de actualizar su historia laboral, al no haber imputado oportunamente los periodos comprendidos entre el 14 de noviembre de 1979 y el 31 de diciembre de 1994, *ii)* que la hizo incurrir en error y continuar cotizando al sistema con posterioridad al 24 de junio de 2017, y *iii)* que tiene derecho a que su pensión de vejez sea reconocida a partir del 27 de junio de 2017. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar el retroactivo correspondiente al periodo comprendido entre el 24 de junio de 2017 y el 31 de enero de 2020 o en

subsidio los perjuicios materiales causados con su negligencia; los intereses moratorios, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de junio de 1960, alcanzando 57 años de edad en 2017. Laboró para la universidad Piloto de Colombia desde el 23 de mayo de 1983; quien desde el comienzo la afilió y aportó al sistema de pensiones del Seguro Social, hoy Colpensiones; no obstante, las historias laborales se reportaban con inconsistencias, por lo que elevó diversas solicitudes de corrección ante la entidad, las cuales fueron negadas, haciéndola incurrir en error sobre la densidad de semanas realmente cotizadas, por lo que se vio obligada a continuar cotizando bajo la creencia que le faltaban semanas para acceder a la pensión.

Indica que ante nueva solicitud de corrección de la historia laboral, la demandada, accedió a la corrección mediante oficio del 28 de enero de 2020, pasando de tener 1272 a 1988 semanas. Afirma que si la entidad hubiese cumplido su obligación de tener debidamente actualizada la historia laboral, habría podido solicitar su pensión de vejez a partir del 24 de junio de 2017, fecha para la cual ya contaba con 57 años de edad y 1300 semanas de cotización.

Que el 30 de enero de 2020 solicitó la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante resolución SUB 61244 de 2020, con efectividad a partir del 1 de febrero de 2020, en aplicación del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$10.435.404, con un IBL de \$14.437.471 y una tasa de reemplazo de 72.28% y, que su status pensional era el 24 de junio de 2017; decisión contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación solicitando el retroactivo desde el 2017, los cuales fueron resueltos, confirmando la decisión inicial por haber continuado cotizando. El 6 de junio de 2020 radicó reclamación administrativa. Finalmente, indica que la negligencia de la demandada conllevó a un perjuicio económico y patrimonial (fls. 3 a 14).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, las certificaciones e historias laborales con afiliación del

empleador a partir del 1 de enero de 1995, las reclamaciones elevadas y los actos administrativos emitidos en respuesta y el contenido de la resolución de reconocimiento de la prestación. Formuló las excepciones de falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia de los intereses moratorios e indexación, buena fe de Colpensiones, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y, las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que la última cotización de la accionante se reporta para el 31 de enero de 2020, sin que en su historia laboral actualizada se reportara novedad de retiro o desafiliación del sistema (fls. 1 a 11)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de febrero de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante, señora LUZ MARINA MANCIPE CONTRERAS, identificada con C.C. N° 39.527.076, el RETROACTIVO PENSIONAL correspondiente, por las mesadas pensionales ordinarias y adicionales adeudadas a partir del Veinticinco (25) de junio de 2017 y hasta el Treinta y uno (31) de enero de 2020, atendiendo a lo expuesto en la parte considerativa del presente proveído, junto con los correspondientes reajustes de ley.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales causadas desde el día VEINTICINCO (25) DE OCTUBRE DE 2017 y hasta que se verifique su pago.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de Falta de Causa para Pedir, Cobro de lo no debido, Prescripción, Improcedencia de los Intereses Moratorios, y ABSTENERSE de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a COLPENSIONES, Líquidense con la suma de 1 SMLMV como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Básicamente, señaló que la demandante continuó efectuando cotizaciones en razón a que Colpensiones la indujo a error al desconocerle semanas de cotización efectivamente realizadas, pese a que desde el año 2017 ya contaba con la edad de 57 años y las 1300 semanas que exigía la ley para acceder a la pensión de vejez.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada presentó recurso de apelación, aduciendo que en la historia laboral de la demandante, se reporta la última cotización para el 31 de enero de 2020, por lo que la prestación de vejez reconocida por medio de la resolución SUB 61244 de 2020 se encuentra ajustada a derecho al haberse reconocido a partir del día siguiente, 1 de febrero de 2020. Para la fecha en que se hizo la reclamación administrativa tendiente al reconocimiento, no reportaba novedad de retiro o desafiliación del sistema, en los términos de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990. En cuanto los intereses moratorios, no proceden, pues debe tenerse en cuenta que la reclamación de la prestación data del 30 de enero de 2020 y, fue reconocida por resolución de marzo siguiente, por lo que no habían transcurrido los 4 meses de que habla la norma. Finalmente, insiste que la historia laboral de la demandante presentaba inconsistencias, por lo que Colpensiones no podía extralimitarse reconociendo una prestación sin el lleno de los requisitos legales.

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, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez desde la data en que alcanzó los 57 años de edad, esto es, el 24 de junio de 2017.

Es verdad probada en el proceso que Colpensiones reconoció a la accionante pensión de vejez mediante Resolución SUB 61244 del 2 de marzo de 2020 a partir del 1 de febrero de 2020, en cuantía inicial de

\$10.435.404 (fls. 113 a 118 demanda), decisión contra la cual interpuso recursos de reposición y apelación (fl. 24 a 27), resueltos mediante Resolución SUB78402 del 24 de marzo de 2020 (fl. 124 a 130) y DPR 6518 del 22 de abril de 2020 (fl. 28 a 33), respectivamente, confirmando en ambos, la decisión inicial.

Pues bien, el artículo 13 del Decreto 758 de 1990 dispone que *“la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”* (Subrayado fuera de texto). Igualmente, el artículo 35 del citado precepto legal, señala que *“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión** El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.”* (Negrilla fuera de texto original).

En ese horizonte, existe una clara diferencia entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales, dado que el primer evento, se suscita en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la prestación, es decir, que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de éstos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Entre tanto, el disfrute opera previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutarla.

Jurisprudencialmente la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que por regla general la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, sin embargo, por vía excepcional existen situaciones especiales

que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de administrar justicia, de las cuales se pueden colegir la desafiliación efectiva del sistema.

Sobre el particular, la sentencia CSJ SL 5306-2016, reiterada en la SL756-2018, precisó:

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, **en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos** (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia. (Negrillas de la Sala)

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el caso concreto se advierte que la promotora del juicio nació el 24 de junio de 1960 según se verifica con su cédula de ciudadanía (fl 19), por lo que los 57 años de edad los alcanzó el 24 de junio de 2017, época para la cual contaba con 1.859 semanas cotizadas, conforme se desprende del reporte de semanas actualizado a 29 de enero de 2020 (fl. 92 a 108). Por lo que acreditaba la

totalidad de requisitos para acceder a la prestación de vejez en los términos previstos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Así pues, de las documentales allegadas al proceso, puede observarse como la demandante estuvo solicitando ante la entidad ahora demandada, diversas peticiones de corrección de su historia laboral, incluso desde antes del cumplimiento de su edad mínima para acceder a la prestación por vejez, siendo dicha petición negada; así se infiere de las respuestas negativas del 27 de octubre de 2016 y del 14 de noviembre de 2017 (fl. 120 y 122), así como de los reportes de semanas cotizadas en pensiones actualizados a 24 de noviembre de 2005 (fl. 55), 16 de agosto de 2016 (fl. 56 a 66), 12 de octubre de 2017 (fl. 81 a 91), 10 de febrero de 2018 (fl. 67 a 80) y 12 de noviembre de 2019 (fl. 131 a 144).

La actora en respaldo de su petición de corrección de semanas, allegó a la entidad documentos tales como su contrato con la Universidad Piloto de Colombia, liquidación, resolución de nombramiento, memorandos, comunicaciones y certificaciones de dicho empleador.

No obstante, solo en el reporte actualizado al 29 de enero de 2020, se procedió a la corrección solicitada, reportando, ahora sí, afiliación de la actora desde el 14 de noviembre de 1979, con cotizaciones desde esa fecha hasta diciembre de 2019, para un total de 1988.57 semanas de cotización (fl. 92 a 108).

Así las cosas, es válido concluir que la demandante al peticionar de manera reiterada la corrección de su historia laboral, para que le fueran tenidas en cuenta sus cotizaciones realizadas desde el 14 de noviembre de 1979 al 31 de diciembre de 1994, denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema para acceder a su prestación, por tanto la entidad mal hizo en abstenerse de realizar en debida forma tal actualización y corrección de la historia laboral y proceder al reconocimiento de las cotizaciones echadas de menos desde la primera petición que data del 2016; pues recuérdese que es su obligación como administradora del sistema, responder por la custodia de los aportes de los

afiliados, debiéndose resaltar que, en el presente asunto, no se trató de un empleador moroso o un tercero que tuviera a cargo un cálculo actuarial, sino de la falla del sistema de contabilización de aportes por parte de la entidad aseguradora; situación que impidió a la demandante reclamar su pensión desde el momento en que se causó esto es, el 24 de junio de 2017, cuando reunió los requisitos previstos en la norma.

Bajo este panorama, es claro que la entidad indujo a error a la demandante, llevándola a continuar cotizando de manera permanente, ante la incertidumbre de la generación de su derecho y, en este caso preciso, es procedente ordenar el pago del retroactivo correspondiente a las mesadas causadas desde el 25 de junio de 2017 hasta el 31 de enero de 2020, tal como lo encontró el Juzgado de conocimiento.

Intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Sentado lo anterior, precisa la Sala que se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión, cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta el período de gracia que le concede el artículo 4 de la Ley 700 de 2001, modificado por el inciso final del párrafo 1º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que pasó a ser de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de radicación de los documentos necesarios para resolver las solicitudes prestacionales.

Se encuentra demostrado que la accionante petitionó la pensión de vejez el 30 de enero de 2020, como se desprende de la Resolución de reconocimiento (fl 113) y, la entidad la concedió mediante Resolución SUB 61244 del 2 de marzo de esa misma anualidad, es decir dentro del término

que le otorga la ley. No obstante, tal como lo advirtió el a quo, ello obedeció precisamente a que no aparecían reportadas sus semanas anteriores al 1º de enero de 1995, obligándola a solicitar correcciones incluso de forma anterior al cumplimiento del requisito de edad para obtener la pensión de vejez; lo que lleva a concluir, que en el evento de haberse realizado la respectiva corrección de semanas desde la petición de 12 de agosto de 2016, la accionante habría solicitado su prestación económica desde 24 de junio de 2017, fecha en la que llegó a la edad mínima, y cuando ya contaba con el requisito de semanas.

Por tanto, teniendo que el derecho a la pensión por vejez se procede desde el cumplimiento de los requisitos para obtenerla, los intereses moratorios se reconocerán desde el vencimiento del cuarto mes a partir de aquel día, esto es, a partir del 24 de octubre de 2017 y hasta que se verifique el pago de la obligación, tal como acertadamente concluyó la Juez de conocimiento.

No se causan costas en el grado de consulta.

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 18 de febrero de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

SALVO VOTO



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Salvo voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2021 00095 01
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR RÍOS CASTEBLANCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 Treinta y Seis 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

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., realizado en mayo de 1999. En consecuencia, se ordenó a la AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual. A la última a aceptar el traslado sin solución de continuidad, corregir y actualizar la historia laboral, de la misma manera que se declare como única afiliación la realizada el 25 de febrero de 1981. 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 27 de abril de 1961, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de julio de 1981 y

acumuló 543 semanas. El 1 de mayo de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que la AFP no le brindó información e ilustración clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. Indicó que a la fecha ha cotizado 1.661 semanas. Refirió que, conforme a proyección pensional realizada por la AFP, su mesada en el RAIS sería de \$908.000 para el año de 2020, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$1'975.549. Finalmente, que solicitó el retorno a RPM (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 16).

La AFP Porvenir se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió el natalicio de la accionante, las semanas cotizadas en el RAIS y en toda la vida laboral, la proyección pensional y la solicitud de retorno a prima media. De los demás hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. 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, buena fe. En su defensa argumentó que la accionante tomó la decisión de trasladarse al RAIS de forma consiente y espontánea- Tenía el deber de informarse como consumidor financiero y en todo contó con varias oportunidades para revertir el cambio, pero no lo hizo, exteriorizando así el interés de permanecer en ahorro individual (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 21).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS, 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 caso de caso 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, 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. Argumentó que la accionante seleccionó el régimen pensional de forma libre y voluntaria, está incurso en prohibición legal para retornar. Expuso que se debe proteger la sostenibilidad financiera del sistema pensional el cual se vería vulnerado con el traslado de la demandante (expediente digital, archivo 07 fls. 2 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de octubre de 2022 (expediente digital, archivo 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora María Pilar Ríos Castelblanco del régimen de prima media con prestación definida al RAIS efectuada el día 1º de junio del 99, a través de Porvenir.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUITO: CONDENAR en COSTAS a Porvenir S.A. y a Colpensiones. Liquidense como agencias en derecho con la suma de \$500.000 a cargo de Porvenir S.A y 1 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente a cargo de Colpensiones.

SEXTO: CONSÚLTESE con el superior la presente sentencia, en favor de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al potencial afiliado información veraz, objetiva y suficiente, que le permitiera, con plena libertad efectuar el traslado de régimen, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones, solicitó revocar la sentencia al alegar que la entidad es un tercero de buena fe. Además el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, la AFP brindó información acorde con los lineamientos establecidos para la fecha del traslado. Informó que así la demandante no hubiese recibido una asesoría adecuada, tal circunstancia está saneada por la afiliación por espacio superior a 20 años, y la conducta omisiva. Expuso que el traslado en la forma ordenada atenta contra la sostenibilidad financiera. Solicitó no invertir la carga de la prueba y mantenerla como obligación de la accionante.

La AFP Porvenir S.A. solicitó revocar la decisión. Arguyó que la demandante se afilió de manera libre y expresó su voluntad con la firma del formulario, por tanto se cumplieron los parámetros legales vigentes para la época. La actora permaneció vinculada por más de 20 años y con ello ratificó su intención de vinculación. Argumentó que no es procedente devolver rendimientos, pues al no existir la afiliación estos nunca se habrían generado, indicó que con ello además se desconoce el alcance de las restituciones mutuas. Preciso que Colpensiones solamente podría recibir los rendimientos que ella misma hubiere producido de haber continuado vinculada la actora, pues de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa en prima media. Dijo que no es posible devolver las sumas destinadas a cubrir los seguros de invalidez y muerte ya que cumplieron su finalidad. Se opone a la indexación de dichos dineros la cual está cubierta con la devolución de los rendimientos financieros.

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 la historia laboral generada por Porvenir S.A. la actora se afilió al ISS el 25 de febrero de 1981 (expediente digital, archivo 01 fl. 34). Migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 30 de abril de 1999, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 06 fl. 69), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE ADMNISRTADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTPIAS 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 la época del traslado, estaba vinculada a una empresa en liquidación, otra compañía ofreció vincularlos y les manifestaron que allí todas las personas estaban vinculadas a Porvenir, entonces ante la necesidad de obtener recursos económicos firmó el formulario, pero precisó que no medió intervención alguna de la AFP o alguno de sus asesores. Adujo que no leyó totalmente el formulario de afiliación, no recibió asesoría posterior. Admitió que nunca se acercó al ISS a pedir información sobre sus semanas, no ha realizado aportes voluntarios, ni conoce los requisitos para la pensión en Colpensiones. Señaló que la AFP le ofrece como mesada un salario mínimo la que no está acorde con sus ingresos y explicó que cuando intentó retornar no pudo hacerlo en razón de la edad. Admitió haber recibido extractos.

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).

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 a 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 Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, 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, 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).

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 llamada a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por la afiliada 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 pensión tal como dispuso el juez de primera instancia.

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 Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 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: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

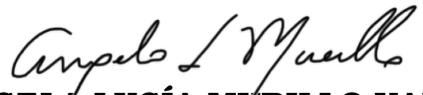
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto
036 2021 00095 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 37 2019 00266 01
DEMANDANTE: GLORIA ESPERANZA FORERO FORERO
DEMANDADO: SALUD TOTAL EPS Y GOLD RH SAS

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la demandante y las demandadas Salud Total EPS SA y Gold RH S.A.S. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demanda Salud Total EPS SA desde el 9 de octubre de 2009 hasta el 22 de enero de 2018, en el entendido que la Cooperativa de Trabajo Asociado Talentum y Gold RH S.A.S actuaron como simples intermediarias. Se declare que los pagos denominados: medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte y *auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos* deben ser tenidos como salario. Se declare como último salario devengado la suma de \$3'882.669 equivalente al básico más el promedio de comisiones de los últimos doce meses. En consecuencia, se condene a Salud Total EPS S.A. a pagar reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión y salud, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, sanción moratoria, sobre la última remuneración realmente percibida, esto es, tomando en consideración

todos los factores salariales. Así mismo, a cancelar indexación, intereses moratorios y las costas del proceso.

Subsidiariamente solicita declarar que los dineros pagados por Gold RH S.A.S denominados medios de transporte, auxilio no salarial para medios de transporte y *auxilio no salarial reconocimiento de equipos productivos, realmente eran comisiones que retribuían su labor como asesora comercial profesional y por lo tanto se consideran salario* y debieron ser tenidas en cuenta para el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Se declare como último salario devengado \$3'882.669. Se declare solidariamente responsable a Gold RH S.A.S y Salud Total EPS SA. En consecuencia, se condene a las demandadas a reliquidar prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por no consignación de cesantías, sanción moratoria, indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato, indexación, intereses moratorios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Salud Total EPS SA suscribió contrato comercial con la Cooperativa de Trabajo Asociado Colaboramos para que esta realizara el proceso de afiliación de usuarios al plan obligatorio de salud el cual se extendió hasta enero del 2005. Refirió que, en julio del 2008, Salud Total contrató a la Cooperativa de Trabajo Talentum para que adelantará todo su proceso comercial, esto es, estudio de mercado, actividades de comunicación, promoción y venta de productos y servicios derivados del proceso de afiliación de usuarios. Adujo que la CTA Talentum fue creada en el domicilio principal de Salud Total EPS SA, operó con los medios de producción pertenecientes a esta y algunos de sus miembros fundadores pertenecen a la junta directiva de la EPS. Igualmente, la representante legal de la prestadora de salud aparece como socia fundadora de la CTA.

Narró que el 9 de octubre del 2009, se vinculó con la CTA Talentum para desempeñar el cargo de asesora comercial con el objeto de comercializar el plan obligatorio de salud ofertado por Salud Total en horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 6:00 p.m. hasta el 13 de enero de

2014. El compromiso contractual estuvo vigente hasta el 13 de enero del 2014, cuando finalizó *supuestamente por mutuo acuerdo*; empero realmente, obedeció al proceso de formalización laboral al que se comprometieron la cooperativa, la EPS y Gold RH S.A.S., suscrito ante el Ministerio de Trabajo el 9 de mayo de 2014. Expuso, que, como consecuencia de lo anterior, el 14 de enero de 2014, suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Gold RH SAS para desempeñarse como Asesor Profesional única y exclusivamente en favor de Salud Total EPS, vínculo que se extendió hasta el 22 de enero de 2018.

Adujo que en este contrato se pactó el pago a más del básico, de una prestación económica denominada medios de transporte y/o auxilio no salarial que no constituiría salario; empero, con la misma le fueron retribuidos los servicios. Aseguró que este pago varió mes a mes desde enero de 2014 hasta enero de 2017, dependiendo el número de afiliaciones efectivas que realizara y aunque siempre fue superior al salario básico, no fue tomado en consideración a fin de liquidar acreencias laborales.

Señaló que a partir de febrero de 2017 y hasta enero de 2018, Gold RH S.A.S. le canceló por afiliación de usuarios a Salud Total, comisiones que fueron tomadas en consideración para liquidar y pagar, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, por ser consideradas salario. Finalmente, indicó que percibió como último salario promedio la suma de \$3.882.669, que incluye el básico y el promedio de comisiones (fls. 2 a 34).

Gold RH S.A.S. rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, mala fe del actor, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, compensación, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa señaló que la accionante le prestó servicios mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de enero de 2014 hasta el 22 de enero de 2018 y acordaron libre y voluntariamente pagos no constitutivos de salario de conformidad con lo dispuesto en la ley y señalado en la

jurisprudencia. De otro lado, expuso que no existe solidaridad alguna en relación con Salud Total EPS, pues sus objetos sociales son disímiles (fls. 359 a 400).

Salud Total EPS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió que contrató los servicios de la CTA Talentum. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad, buena fe, mala fe del demandante, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses manifestó que suscribió contrato de prestación de servicios con Talentum para adelantar el proceso comercial de afiliación. Con posterioridad, contrató a Gold RH SAS a través de mandato para que asumiera el proceso comercial. Señaló que estas personas jurídicas no se ocuparon de labores misionales, ejercieron el objeto acordado con autonomía e independencia y facturaban el proceso completo. En adición, indicó que no sostuvo con la demandante ningún tipo de vínculo laboral, civil o comercial (fls 569 vto a 583 subsanación).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de febrero de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora Gloria Esperanza Forero y la sociedad GOLD RH S.A.S existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia del 14 de enero de 2014 al 22 de enero de 2018 para que la demandante desempeñara el cargo de Asesora Profesional.

SEGUNDO: DECLARAR que los pagos denominados medios de transporte y equipos de auxilio de equipos constituyen factor salarial, en consecuencia, será tenido en cuenta para todos los efectos legales de la reliquidación solicitada en el periodo comprendido del 14 de enero de 2014 al 22 de enero de 2018.

TERCERO: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a reconocer y pagar a favor de la demandante, señora Gloria Esperanza Forero los siguientes conceptos:

- A. Reliquidación del auxilio de cesantías la suma de \$4'321.923
- B. Reliquidación de intereses a las cesantías la suma de \$107.399
- C. Reliquidación de rimas de servicio la suma de \$1'273.892
- D. Vacaciones la suma de \$636.946

- E. Reconocer y pagar la diferencia en el ingreso base de cotización de los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 2014 al 31 de enero de 2017, para lo cual debe tener en cuenta como diferencia los ingresos base de cotización señalados en la parte motiva de esta decisión. Se otorga 15 días hábiles como obligación de hacer, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión para el respectivo pago de la obligación.

TERCERO: (SIC) DECLARAR que SALUD TOTAL EPS es solidariamente responsable de las condenas impuestas a GOLD RH S.A.S. conforme a los argumentos expuestos.

CUARTO: ABSOLVER a SALUD TOTAL y a GOLD RH S.A.S. de las demás pretensiones invocadas en su contra por la señora demandante.

QUINTO: DECLARA probadas parcialmente la excepción de prescripción respecto con los conceptos causados con anterioridad al 8 de abril de 2016, como el auxilio de cesantías y aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones, DECLARAR la excepción de existencia de la relación laboral propuesta por SALUD TOTAL EPS, declarar también la excepción de buena fe, propuesta por GOLD RH S.A.S., declarar no probadas las demás excepciones propuestas.

SEXTO: (SIC) COSTAS correrán a cargo de la parte demandada GOLD RH S.A.S se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual.

En lo fundamental señaló que la accionante no demostró que en el periodo en que estuvo asociada a la cooperativa su verdadero empleador haya sido Salud Total EPS S.A., ello en el entendido que no probó que esta ejerciera algún tipo de subordinación y pese a que la programación de visitas se hacía en sus instalaciones, ello era perfectamente válido, como quiera que entre la CTA y la EPS fue suscrito un contrato de comodato para el uso de algunos bienes. De otra parte, consideró que en el periodo en que la demandante estuvo vinculada a Gold RH S.A.S., pese a que utilizó uniforme y carné con siglas de Salud Total, no es dable concluir que hubo subordinación jurídica de la EPS, pues estos aspectos apenas hacen parte de la logística del proceso comercial que la última encargó a la primera; sin embargo estableció que los pagos realizados a la accionante por Gold RH S.A.S., por concepto de incentivos medios de transporte y auxilio no salarial de reconocimiento de equipos productivos son constitutivos de salario, pues retribuyeron su actividad laboral.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la demandante y las demandadas Gold RH S.A.S y Salud Total EPS S.A. apelaron lo resuelto.

La demandante arguyó que Salud Total EPS fue su verdadero empleador, pues la cooperativa Talentum y Gold RH S.A.S. actuaron como simples intermediarios, en el primero de los casos fueron desbordados los límites del cooperativismo y la EPS utilizó la figura para desarticular sus procesos internos, exonerarse de sus responsabilidades y liberar cargas prestacionales y compromiso contractual con los trabajadores.

Aseguró que dentro del objeto social de la EPS está la vinculación de personas, el captar nuevos afiliados, el cual se desarrolló a través de la gestión comercial encomendada tanto a la cooperativa como a Gold RH S.A.S. quienes para tal fin usaron la imagen corporativa de Salud Total.

Expuso que no se tomó en consideración que los dueños y directivos de Salud Total, crearon la CTA Talentum, que no se demostró cuál era su estructura organizacional. Tampoco, que la gestión comercial encomendada en principio fue desarrollada directamente por la EPS, que el curso de cooperativismo fue tomado por disposición de la empresa, so pena de no concretar la vinculación, que las metas eran establecidas por la EPS, la cual además proporcionó los medios para ejecutar la comercialización a través de la entrega de equipos e inmuebles bajo la supuesta figura del comodato, cuando lo que en realidad hizo fue utilizar sus instalaciones para desarrollar su objeto social.

Señaló que es necesario analizar *«para donde van las empresas y no el sentir que quieren darle los visos de legalización»* frente a la intermediación y que no es posible olvidar que los supuestos cooperados, autogestionados, no sabían cuál sería su remuneración o la escala de metas. En adición, pasaron a ser empleados de Gold RH S.A.S. ejecutando las mismas funciones, en el mismo horario e instalaciones y por tanto deben ser atendidas las pretensiones principales de la demanda.

Indicó que el monto recibido por concepto de salario variable era incluso superior al salario básico percibido y las sumas reconocidas en la sentencia no se compadecen con tal situación. Además, solicitó ordenar la

indexación de las condenas atendiendo a la pérdida del valor adquisitivo del dinero desde el momento en que las sumas debieron ser pagadas y aquel en que realmente se cancelarán.

Expuso que la CTA Talentum no pagó cesantías y como quiera que estas se hacen exigibles a la terminación del contrato, es procedente su reconocimiento. Alegó que las demandadas no lograron demostrar que su actuar estuvo revestido de buena fe por tanto deben ser condenadas a pagar sanción por no consignación de cesantías a un fondo y sanción moratoria.

Finalmente, indicó que el salario mínimo fijado por concepto de gastos procesales resulta insuficiente

La demandada **Gold RH SAS** imploró revocar la sentencia de primera instancia en cuanto determinó que los conceptos: medios de transporte y equipos de producción tienen carácter salarial, pues las partes pactaron en el contrato que no lo eran y contrario a lo manifestado por los testigos, estas sumas no se reconocían únicamente por afiliación realizada, pues del contenido de los documentos y lo manifestado en los interrogatorios de parte se evidencia que el transporte también se pagaba para ir a entregar carnets, socializar el producto entre otras. En el mismo sentido dijo que dichos conceptos no superaban el 40% y cuando eventualmente sucedía eran tenidos como factor salarial. Al punto, además indicó que la actora no elevó reclamación alguna porque sabía que el auxilio de transporte no constituía salario. Alegó que los pagos denominados equipos productivos se realizaron ocasionalmente, no mensualmente.

En otro punto, expuso que no es cierto que en 2016, se hubiere implementado el pago de comisiones con el ánimo de supuestamente, enmendar algún error, pues del contenido de la cláusula tercera del contrato firmado en el 2014 y el otro sí firmado en 2016, se extrae con claridad que se retribuían asuntos distintos.

Para concluir sostuvo que la prescripción determinada por el Juzgado debe ser revisada por cuanto este fenómeno afecta las cesantías que se causan a 31 de diciembre de cada anualidad, pero deben ser canceladas a más tardar el 14 de febrero del año siguiente. En el mismo sentido la Corte ha señalado que los aportes a pensión no prescriben; no obstante, la reliquidación de los mismos sí.

La demandada **Salud Total EPS S.A.** argumentó que conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo no es procedente declarar la solidaridad respecto de las condenas impuestas a Gold RH S.A.S., pues el contrato comercial suscrito con esta no se limitaba a la promoción de la afiliación, sino que implicaba situaciones de pre y postventa en el mercado, estas que escapan a la promoción del plan obligatorio de salud.

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio de los recursos planteados por las partes, por lo que corresponde determinar en primer lugar si es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo entre Gloria Esperanza Forero Forero y Salud Total EPS S.A desde el 9 de octubre de 2009 hasta el 22 de enero de 2018. Para el efecto habrá de analizarse en primer término el periodo en que prestó servicios a través de la cooperativa Talentum y luego en el lapso en que los servicios fueron prestados con RH Gold SAS

Cooperativa Talentum

Para responder tal cuestionamiento, comienza la Sala por recordar que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. El artículo 59 de la misma norma, señala que el régimen de trabajo será

establecido en los estatutos o reglamentos de la cooperativa y no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Igualmente, el Decreto 0468 de 1990 dispone en su artículo 9 que *“las cooperativas de trabajo asociado de conformidad con la ley regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados”*

Por su parte, el Decreto 4588 de 2006, en su artículo 3º señala que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

Dicho precepto, también en sus artículos 16 y 17, prohibió la intermediación laboral de las cooperativas de trabajo asociado, al disponer que:

Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

En el mismo sentido, de conformidad con el numeral 1 del artículo 7º del Decreto 1233 de 2008, que *“las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado”*.

Paralelamente, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, establece que el personal requerido en *“toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”*.

En ese horizonte, es dable afirmar que estas formas asociativas, cooperativas y pre cooperativas, no pueden utilizarse para vulnerar garantías laborales y evadir las obligaciones que emergen de un verdadero contrato de trabajo.

De otro lado, artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i) la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; ii) la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y iii) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.*

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el actor demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado en sentencias CSJ SL628-2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

A efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Al amparo de lo expuesto y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo la Sala pasa a analizar los medios probatorios, para tal efecto se advierte que la demandante allegó: acta n.º 001 Asamblea de Constitución del 8 de marzo de 2004 (fls 97 a 100). Ofertas Mercantiles irrevocables de prestación de servicios para el manejo y administración total de los procesos y o subprocesos: asistencial, operativo, comercial y jurídico, adiadas del 1 de mayo de 2004 (fls 116 a 134) y 30 de julio de 2018 (fls 101 a 115). Informe de visita d la Supersalud a Salud Total EPS S.A con el objeto de verificar el cumplimiento frente a las obligaciones del Sistema General de Seguridad Social, el cual no puede ser valorado, pues pese a que se compone de 188 folios, apenas fueron aportados los 4 primeros (fl116 a 118). Informe de la Contraloría general de la República, vigencia 2008 – 2012 (fls 119 a 137), Régimen de Trabajo Asociado (fls. 168 a 206), documentos que no aportan

ningún elemento para verificar las condiciones en que la actora prestó servicios. Igualmente allegó misiva del 10 de junio de 2010, conde la cooperativa le comunica que ha sido promovida al cargo de Asesor Comercial (fl 207) y del 1 de junio de 2011, en la que informa la promoción a Asesor Profesional (fl. 208).

A petición de la parte actora fueron decretados y escuchados los testimonios de Hernán Huertas Amézquita y María Luisa Roja Barrera, respecto de los cuales se propuso tacha de sospecha por cuanto instauraron procesos en contra de la demandada. El primero manifestó que ingresó a laborar a Salud Total en 2006 y en 2009 conoció a la demandante cuando ella llegó a prestar servicios. Refirió que él se retiró el 29 de septiembre de 2017. Dijo aunque fueron vinculados a través de Talentum y luego masivamente a través de Gold RH S.A.S. los servicios siempre fueron prestados a Salud Total porque nosotros *«porque nosotros cargamos implementos de Salud Total, portábamos toda la papelería de Salud Total, nos identificaron con unos uniformes como Salud Total»* *«inicialmente con Talentum nos identificaron con unos uniformes, los cuales fueron descontados de nómina mes a mes y que dentro de lo que fue papelería, nos tocaba comprar unos detalles como fueron cosas que implementos que vendía Salud Total para nosotros los asesores y poderle llevar detalles a las empresas, la papelería y las tarjetas era lo único, como los formularios y las tarjetas de presentación que nos daban sin ningún valor a descontar»* Dijo que no estaba en el grupo de la actora, pero para todos era *igualitico*.

Explicó que las tarjetas de presentación, los carnets y la dotación tenían los logos de Telentum y Gold RH S.A.S., pero el más notorio era el de Salud Total EPS; no obstante, después lo negó y más adelante volvió a aceptar que era visible el logo de la cooperativa, pero explicó que siempre se identificaban como personal de la EPS. Señaló que los formularios a través de los cuales se realizaban las afiliaciones también tenían el logo de la EPS. Dijo no saber a qué empresa estaban vinculadas las personas que les hacían entrega de todos estos elementos, tampoco los jefes de cuenta a

través de los cuales se hacían las solicitudes de permisos y vacaciones, señores Rafael Angarita y Sonia Grosso.

Aseguró que les era exigido el cumplimiento de metas, las cuales determinaba Salud Total y a quien no las alcanzaba *le daban por liquidado el contrato*. Aseguró que incluso los dueños de la EPS *los señores Wilches* los visitaban y hacían énfasis en las metas, también Sonia Grosso quien hacía reuniones para quienes no cumplían, a más les eran impuestos memorandos de no cumplimiento enviados por Talentum o Gold RH S.A.S. Dijo que la jefe de la demandante fue Margarita Salas y que hubo jefes de zona, pero no sabe a qué empresa estaban vinculados. Aseguró que la *jefe Sonia* estaba vinculada a través de la EPS lo sabe porque las secretarias lo comentaban.

Señaló que desconoce si la demandante promocionaba productos distintos a los de Salud Total, pero luego dijo que también tuvieron a cargo productos de Liberty. No vio su contrato, ni la imposición de metas, pero señaló que estas eran generales. Tampoco presenció algún llamado de atención o vio memorando alguno que le hubiere sido impuesto. Refirió que existen varias categorías de asesores novato, junior y profesional y cuando la accionante ingresó lo hizo en la primera categoría y el ya estaba en la última.

La testigo María Luisa Rojas Barrera, informó que ingresó con la Cooperativa colaboramos el 3 de enero de 2005 y a los 3 meses pasó a Talentum y se retiró el 12 de diciembre de 2017. Relató: *«llenábamos formulario afiliación, si era un proceso de inclusión, llenamos un formato de inclusión beneficiarios, si era una novedad de cambio empleador, para lo cual la empresa pues nos reconocía como asesor de Salud Total, para lo cual nosotros llevamos uniforme, también nos identificamos con un carnet que era propiamente de Salud Total y como tal las empresas pues así nos reconocían, como asesores de Salud Total en este caso. Inicialmente pues estábamos trabajando con la cooperativa TALENTUM ya después nos indicaron que nos iban a formalizar»* Manifestó que debían comprar los uniformes y detalles que quisieran llevar a las empresas.

No sabe cómo se dio la vinculación de la demandante, pero aseguró que ingresó en 2009, que siempre prestaron servicios en las instalaciones de Salud Total, que existían categorías de asesores: novato, junior y profesional cada uno tenía metas distintas generalmente existía un gerente de zona, quien bajaba o la información al Gerente Comercial y el Gerente Comercial se las transmitía. Esos jefes eran Carlos Angarita, Sonia Grosso y Juan Carlos Gélvez. Refirió no saber qué tipo de contrato tenían estas personas, tampoco la empresa a la cual estaban vinculados y no haber presenciado que los mismos ordenaran o indicaran las metas a la actora.

Informó que para desempeñar sus funciones e ingresar a las empresas usaban uniforme y presentaban carnets que los identificaban como empleados de la EPS, además que los formularios de afiliación a la misma no tenían logo de la cooperativa. También dijo que todos los días tenían reuniones en las instalaciones de Salud Total allí llegaban a las 7:00 a.m. y para ingresar debían usar el mismo sistema de identificación dactilar que los empleados de Salud Total. A más que el señor Wilches dueño de la EPS en ocasiones estaba en reuniones en las que se trataba el cumplimiento de metas. La testigo fue clara en indicar que no perteneció al mismo grupo de trabajo de la demandante, pero explicó que se la encontraba en Transmilenio porque vivían cerca.

Al rendir declaración de parte el representante legal de Salud Total EPS Diego Alexander Beltrán admitió que la EPS desarrollo la gestión comercial a través de la CTA Talentum esta que a través de sus propios medios debía *«estudiar los mercados, debía mirar las potenciales empresas y clientes que pudieran afiliarse a Salud Total EPS, lograr su afiliación y posterior mantenimiento y solvencia de dudas frente a esa actividad»* para lo cual le entregó algunos bienes muebles e inmuebles en los términos autorizados por la ley. Refirió que sus asociados se presentaban como tal en representación de Salud Total EPS, empresa vigilada por las autoridades de salud.

La demandada Salud Total aportó certificaciones suscritas por el Revisor Fiscal en los cuales se verifica los pagos que la EPS realizó a Talentum por concepto de *prestación de servicios en la administración de los diversos procesos* desde el 1 de julio de 2004 al 31 de diciembre de 2015 (fls 532 a 537). Oferta mercantil del 30 de julio de 2008 (fls. 538 a 547). Anexo a contrato de comodato suscrito el 1 de agosto de 2008, en el que se indica que el detalle de bienes se discrimina en anexo CD (fl. 548). Acta adiada del 30 de diciembre de 2013, mediante la cual se formaliza la terminación del mutuo acuerdo del contrato de comodato del 30 de julio de 2008 (fl. 549), Acta de terminación de la oferta mercantil que data del 30 de diciembre de 2013 (fl.550)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que se presentó a un proceso de selección, solicitó la afiliación y suscribió convenio contractual asociativo con Talentum para desempeñarse como asesora comercial para Salud Total. Aseguró que todos los días debía presentarse en las instalaciones de la EPS a las 7:00 a.m. allí su jefe Margarita Salas le enrutaba las visitas que debía adelantar para lograr las afiliaciones y demás procesos que le permitieran cumplir las metas que le eran impuestas, que eran supervisadas por la misma persona. Refirió que Salas era empleada directa de Salud Total, luego dijo que en principio era asociada de Talentum. Admitió haber adelantado un curso de cooperativismo obligatorio para prestar servicios, también haber recibido el pago de compensaciones semestrales y anuales. Confesó que el convenio de trabajo asociado terminó con la suscripción el *13 de enero* de un documento denominado transacción y aclaró que lo firmó porque necesitaba el trabajo.

A solicitud de la demandada fueron escuchados los testimonios de Henry Ladino dijo que fue representante legal de Talentum del 2007 al 2014 por eso le consta que la demandante se asoció en 2009 y prestó servicios hasta el 2014 como asesora comercial novata, junio y profesional, pero no lo hizo de forma exclusiva para Salud Total, pues también ofreció los productos de Liberty. Aseguró que la EPS no le impuso esta asociada y que ella incluso venía de la Nueva EPS. Dijo que la actora pertenecía al

grupo comercial de Margarita Salas, quien le indicaba las metas a cumplir y reportaba a sus superiores, entre ellos, Sonia Grosso y a los aplicativos del sistema de salud, todos miembros asociados de la CTA, pues *«todo el proceso dependía de la cooperativa, las estrategias las sacaba Germán Cardoso, trabajador asociado y lo desplegaban los gerentes de zona y los gerentes de cuenta»*.

Aseguró que a la accionante se le hizo entrega de prendas con imagen corporativa para ejecutar sus funciones. Expuso que le fueron canceladas compensaciones ordinarias y extraordinarias y pese a que la cooperativa no estaba obligada se le hicieron reconocimientos como si se tratara de obligaciones laborales. También se le suministró carné con logo de la cooperativa y que los locales en los cuales se hacían las reuniones comerciales a las 7:00 a.m. estaban bajo la administración logística de Talentum. Admitió que la CTA fue objeto de investigación por parte del Ministerio de trabajo, pero no fue fallada en su contra, también aceptó que dentro del acuerdo de formalización estaba incluida la accionante.

Dijo que el convenio terminó por mutuo acuerdo *« porque las cooperativas no podíamos seguir operando debido a una normatividad que salía frente al desarrollo de nuestra operación, por eso TALENTUM se liquidó y entonces hubo un proceso que se llamó “formalización laboral”, significaba que trabajadores que estaban en otros sectores, como este, que era el sector solidario, se pasaron a contratos laborales, dichos contratos laborales para el caso que nos atañe de Gloria Esperanza, ella firmó con GOLD RH supervisado con el ministerio de trabajo, la cooperativa se presentó al proceso de formalización laboral, Salud Total nos designó a que empresa le debíamos entregar los diferentes grupos comerciales, para el caso que nos atañe fue entregado a Gloria»* Señaló que la accionante no manifestó, ni dejó constancia de inconformidad alguna.

Analizados los medios de prueba antes señalados, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que la demandante demostró que prestó servicio a Salud Total EPS S.A., por lo que obra en su favor la presunción que dicha labor estuvo regida

por un contrato de trabajo, correspondiéndole al empleador probar que la relación fue independiente o con ausencia de subordinación.

Estima la Sala, que en el presente asunto la demandada logra desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, pues la prueba documental allegada permite colegir que la demandante se desempeñó de manera autónoma o autogestionaria con la Cooperativa de Trabajo, quien ejercía el poder disciplinario sobre la trabajadora. Además, conforme a los medios probatorios obrantes en el expediente se verifica que la Cooperativa se servían de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor al utilizar los elementos de trabajo y acondicionamientos físicos que Salud Total, le entregó en comodato.

Ello como quiera que los documentos aportados al proceso, indican que entre Salud Total EPS y Talentum se suscribió un contrato surgido de la aceptación de la oferta mercantil de la compra de servicios, luego se insiste que nada diferente arroja esta documental más allá que la prestación del servicio fue desarrollada por esta última de manera autónoma y autogestionada. Es decir, que no existen pruebas que demuestren que la ejecución de las labores se hubiera desarrollado en condiciones distintas a las propias de un asociado cooperado que es lo único que arroja la lectura de la documental aportada.

Vale indicar que los testigos convocados por la demandante, no permiten arribar a una conclusión diferente, pues no trabajaron directamente con ella, pertenecían a grupos comerciales diferentes, es más, cronológicamente ocuparon cargos distintos e incluso la testigo María Luisa Rojas Barrera ni siquiera compartió con ella, pues manifestó se veían en Trasmilenio porque vivían cerca. A más fueron contestes en indicar que tanto los uniformes, como los carnets y tarjetas de presentación contenían el logo de la EPS, pero también, aunque más pequeño, el de la cooperativa, lo que resulta lógico en el proceso de gestión comercial, como también lo es el hecho de que la papelería tuviera el logo e información de la EPS. Coincidieron en afirmar que a ninguno le constaba

que el personal que les impartía ordenes perteneciera a la promotora de salud y ello apenas lo suponían por el dicho de las secretarias. Nótese además que la demandante admitió que se afilió a la CTA, que adelantó curso de cooperativismo, que se le pagaron compensaciones y demás emolumentos propios del régimen de las cooperativas de trabajo. Como si fuera poco quedó probado que la accionante también se ocupaba de la colocación de productos de Liberty, aunque fuera de manera opcional.

Así las cosas, en criterio de Sala las demandadas cumplieron con el deber que les 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 demostraron que el demandante como asociado cooperado prestó a Salud Total EPS S.A. servicios de manera independiente y autogestionada. En consecuencia, se confirma la decisión de primera instancia en cuanto determinó que en el periodo comprendido entre el 9 de octubre de 2009 y el 13 de enero de 2014, no se configuró un contrato realidad entre la actora y Salud Total.

Periodo de servicio con Gold RH SAS

La demandante se vinculó el 14 de enero de 2014 a Gold RH S.A.S. mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse como Asesor Profesional (fls 216 a 227), en la cláusula sexta se puede leer dentro de las obligaciones del trabajador la de identificarse plenamente como funcionario de la compañía, *en toda la documentación y labores realizadas en el desarrollo de su actividad*, brindar información suficiente y veráz a los posibles beneficiarios de los planes y programas ofrecidos, *cumplir con las metas de afiliación*.

Al remitirse la Sala al certificado de existencia y representación se verifica que Gold RH S.A.S. tiene como objeto:

ORGANIZAR Y GARANTIZAR DIRECTA O INDIRECTAMENTE LA PRESTACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD A LOS AFILIADOS DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO Y DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO. EN DESARROLLO DE SU OBJETO SOCIAL LA COMPAÑÍA DESARROLLARÁ LAS SIGUIENTES FUNCIONES... B). PROMOVER LA AFILIACION DE LS HABITANTES DE

COLOMBIA AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, EN SU AMBITO GEOGRÁFICO DE INFLUENCIA. GARANTIZANDO SIEMPRE LA LIBRE ESCOGENCIA DEL USUARIO...

Puestas las cosas de esta manera, no es viable declarar que en el periodo en que la actora estuvo vinculada laboralmente a Gold RH S.A.S y colocó o promocionó productos y servicios de Salud Total este fue su verdadero empleador, como quiera que la empresa con la cual celebró el contrato de trabajo está facultada legalmente para ejercer esta actividad, por lo demás no se demostró en juicio que la EPS en este periodo hubiere ejercido algún tipo de injerencia en el desempeño de las funciones.

No pasa por alto la Colegiatura que según informó el testigo Henry Ladino Díaz, la vinculación laboral con Gold RH S.A.S obedeció al proceso de formalización laboral que se adelantó con la intervención del Ministerio de Trabajo, empero ello no es demostrativo de tercerización laboral. A más, está demostrado que dicho empleador cumplió con el pago de acreencias laborales (fls 269 a 316).

A la luz de estas reflexiones tal como acertadamente concluyó el *a quo* no es posible acceder a las pretensiones principales y declarar la existencia de un contrato realidad, por tanto, la sentencia será confirmada en este punto.

Carácter salarial de los medios de transporte y equipos de producción

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

También la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia ha resaltado la función social del salario al referir que constituye un elemento esencial del trabajo subordinado y sirve de fuente principal de

sostenimiento para el trabajador y su familia. Además, es un parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por consiguiente, resulta de gran importancia su definición y delimitación en cada caso. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, expresó:

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a lo expuesto, se concluye que es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual

utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, por ello, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

Por tal motivo, no es válido para las partes que en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojen de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, así lo ha considerado también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en radicado n.º 39475, 13 jun. 2012, reiterada en SL12220-2017, en donde indicó que: *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»*

Paralelamente, la misma Corporación en sentencia radicado n.º 35771 de 1º feb. 2011, acerca de los pactos no salariales, puntualizó:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de *«desalarización»* solo pueden recaer sobre *«aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario»*, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, refirió:

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva, no es salario por decisión de las partes.

La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: **1).** En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C. Pol), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. **2).** El criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario,

consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino. **3).** Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. **4).** Por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es. (CSJ SL986-2021).

Al descender al asunto puesto en consideración se encuentra que las partes pactaron en la cláusula tercera del contrato de trabajo:

TERCERA. MEDIOS DE TRANSPORTE EL EMPLEADOR reconocerá y pagará en favor de EL (LA) TRABAJADOR(A) como medios de transporte los gastos de transporte que, en la gestión de afiliación efectiva realice, tales como desplazamientos a diferentes lugares para realizar los contactos, para diligenciar formularios, para entrega de carnets, para asesoría de producto, entre otras actividades conexas, y en las fechas de corte expuestas, las sumas sobre cada cotizante que cumplan las siguientes condiciones a saber: a) Que las afiliaciones se hagan en aquellas ciudades y municipios en donde el cliente tenga red de prestadores de servicios activo. b) Que las afiliaciones se efectúen a trabajadores independientes, dependientes o pensionados de personas jurídicas debidamente constituidas y registrada legalmente, con Número de Identificación Tributaria asignado (NIT), y que sea de carácter privado, Las condiciones de este literal deberán cumplirse conjunta y no optativamente. Si se trata de afiliación de trabajadores independientes, afiliados a través de agrupadora, el medio de transporte solamente se generará, si la afiliación y pago de la autoliquidación se efectúan a través de una entidad agrupadora debidamente constituida como persona jurídica y con Número de identificación Tributaria asignado (NIT), autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud, y debidamente autorizada por Vicepresidencia de Mercadeo y Ventas o quien haga sus veces. c) Correcto diligenciamiento de todos los formularios del periodo, d) Que la asignación de I.P.S. primaria y A.R.L., se haya efectuado mediante el diligenciamiento del espacio correspondiente en el formulario de inscripción; e) Anexos legales y contractuales debidamente radicados; f) Pago, por parte del cotizante de la correspondiente cotización o aporte previo, por la totalidad de los días del mes respectivo; g) Compensación efectuada ante el FONDO DE SOLIDARIDAD Y GARANTIA, la cual debe haberse efectuado por mes completo, lo cual sólo sucede en el evento en que la cotización se efectúe por los 30 días del respectivo mes, PARAGRAFO PRIMERO: Estos medios de transporte Únicamente se pagarán una vez, por afiliación de cada cotizante, independientemente de las renovaciones de la afiliación inicial que los afiliados realicen posteriormente. PARAGRAFO SEGUNDO: En el evento en el cual

EL EMPLEADOR pague a EL(LA) TRABAJADOR(A), medios de transporte por un usuario que haya compensado, y al mes siguiente dicho usuario sea reportado por FOSYGA como multi-afiliado, EL(LA) TRABAJADOR(A) queda obligado a devolver el valor correspondiente al medio de transporte pagado por dicho usuario compensado. Así las cosas, EL EMPLEADOR queda desde ahora expresamente facultada para descontar de los medios de transporte que posteriormente sean pagados al asesor. PARAGRAFO TERCERO: CARACTER NO SALARIAL. Las partes de manera expresa reconocen y aceptan que los beneficios y/o auxilios mencionados en la presente cláusula no constituyen salario y que por lo tanto no se tendrán en cuenta como base para efectos de liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones, vacaciones o cualquier otra creencia laboral a cargo de EL EMPLEADOR y en favor de EL(LA) TRABAJADOR(A), que de conformidad con la ley laboral, deba calcularse con base en el salario devengado por EL(LA) TRABAJADOR(A) y de conformidad con lo establecido por los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, norma subrogada por los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, ni para la liquidación de aportes al sistema de seguridad social integral y aportes parafiscales.

Luego, el 1 de noviembre de 2016, las partes suscribieron otro sí al contrato en el que acordaron el pago de comisiones y especificaron la manera en que se causarían y su monto (fls. 423 a 427).

Ahora, la representante legal de Gold RH S.A.S. señora Sala Elvira Camargo Gómez al rendir declaración de parte indicó que el objetivo de los medios de transporte era *«objetivo era remunerar o retribuir lo que correspondía a los gastos de transporte en los que ella incurrir para realizar el proceso de promoción de la filiación, así como otras actividades, como entrega de carnet, cartas de derechos y deberes, entre otras cosas. En el “otro si” del año 2016 claramente se dejó sin efecto la cláusula tercera del contrato de trabajo y las condiciones que daban lugar al pago de estas comisiones eran totalmente diferentes a las condiciones que daban lugar al pago de los medios de transporte»*

Admitió que para obtener este pago la actora no debía hacer ninguna legalización, pero explicó que debía diligenciar un rutero, presentarlo a su gerente de cuenta semanalmente o en el tiempo que ellos se establecieran y con base en las visitas allí reflejadas, se realizaba el proceso de verificación de las afiliaciones realizadas.

Por otro lado los testigos Hernán Huertas Amézquita y María Luisa Rojas Barrera, fueron coincidentes en señalar que ellos también recibieron estos pagos y en asegurar que los medios de transporte no les eran

cancelados para movilizarse, sino que su monto dependía exclusivamente de las afiliaciones o traslados efectivos que hicieran y la tasación se hacía por «*tapas*»

Se extrae de los comprobantes de pago vistos a folios 271 a 316, que los pagos realizados por concepto de medios de transporte y equipos de producción fueron cancelados habitualmente y en muchos casos el monto cancelado por medios de transporte resultó ser muy superior al sueldo, incluso acercarse al doble.

Analizados en conjunto los medios de convicción señalados en especial el contrato de trabajo, resulta evidente que los medios de transporte fueron cancelados por afiliación o traslado efectivo, no por meras visitas, estaba atado al éxito de la gestión, era variable mes a mes, pero siempre superior al sueldo. Así las cosas, es dable concluir que este auxilio retribuyó la labor de la demandante, pues, aunque la demandada alega que se calculaba con un rutero de visitas, estos documentos no fueron aportados y llama poderosamente la atención que una suma mensual tan elevada no estuviere sujeta a legalización o radicación de soportes que justificaran su reconocimiento y cuantificación.

Ahora, la representante de Gold RH S.A.S. también señaló que el concepto «*reconocimiento equipos productivos*» era un pago extra legal, no constitutivo de salario que se otorgaba al grupo comercial, incluido gerente y asesores, en la medida que superaran las expectativas fijadas para el proceso de promoción de la afiliación. Es decir, que este pago se hacía efectivo por el cumplimiento en grupo, es decir que retribuía o reconocía el desempeño de cada uno de los miembros del equipo que con su fuerza laboral contribuía a la satisfacción de las metas.

En consecuencia, tal como acertadamente concluyó el *a quo* tanto los medios de transporte como el reconocimiento equipos de producción deben ser considerados salario.

Prescripción

frente al punto de la prescripción, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (CC C-091-2018). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, regula que:

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente

A su turno, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, dispone la prescripción de las acciones en los siguientes términos:

ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En el asunto bajo examen el contrato de trabajo finalizó el 22 de enero de 2018 (fls .214 y 215), la demandante reclamó el reconocimiento de sus acreencias laborales con la presente demanda, interpuesta el 8 de abril de 2019 (fl. 133), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS. En consecuencia, las acreencias laborales causadas con anterioridad al 8 de abril de 2016 se encuentran prescritas, salvo las cesantías que se causan a la finalización del contrato, las vacaciones que se hacen exigibles en el año siguiente al de su causación y los aportes a seguridad social que por estar destinados al conformar el derecho pensional son imprescriptibles.

Como quiera que la relación laboral con Gold RH S.A.S. se extendió entre el 14 de enero de 2014 y el 22 de enero de 2018, pero la actora tan solo recibió el pago de los conceptos denominados medios de transporte y medios de producción desde el 14 de enero de 2014 hasta el enero de 2017 (fls 269 a 305), la Sala determinó como salarios para cada anualidad los siguientes:

Año	Salario Mensual
2014	\$ 995.756,00
2015	\$ 1.559.394,00
2016	\$ 1.588.584,25
2017	\$ 908.000,00

Las sumas determinadas por la Sala como salario para los años 2015 y 2016 resultan inferiores a las halladas por el Juzgado y con base en las mismas se calculan las acreencias laborales adeudadas, en tanto si bien la parte demandante solicitó revisarlas, la demandada también se opuso a que los pagos fueran tenidos como salario. Veamos:

Tabla Datos Generales de la Liquidación						
Extremos Laborales		Desde :		14-ene		2014
		Hasta:		31-ene		2017
Último Salario Devengado						
AÑO	2014		2015		2016	
Mes	Aux. medios transporte	Aux. equipo productivo	Aux. medios transporte	Aux. equipo productivo	Aux. medios transporte	Aux. equipo productivo
enero	\$ -	\$ -	\$ 1.441.400	\$ 236.467	\$ 1.020.767	\$ -
febrero	\$ -	\$ -	\$ 1.255.200	\$ 25.000	\$ 1.476.267	\$ -
marzo	\$ 56.000	\$ -	\$ 976.600	\$ -	\$ 1.116.250	\$ -
abril	\$ 1.031.200	\$ 190.021	\$ 1.408.729	\$ -	\$ 1.097.500	\$ -
mayo	\$ 1.272.900	\$ 357.737	\$ 1.328.600	\$ 177.768	\$ 63.821	\$ 935.000
junio	\$ 1.349.200	\$ 265.134	\$ 3.095.533	\$ 122.816	\$ 1.727.767	\$ 127.443
julio	\$ 956.700	\$ 164.710	\$ 1.711.017	\$ -	\$ 1.856.000	\$ 242.490
agosto	\$ 986.800	\$ 136.021	\$ 1.806.500	\$ 90.035	\$ 2.309.000	\$ 203.461
septiembre	\$ 1.025.600	\$ 96.096	\$ 12.250	\$ -	\$ 1.709.000	\$ 179.834
octubre	\$ 1.317.000	\$ 324.692	\$ 1.579.267	\$ 106.096	\$ 1.647.767	\$ 151.273
noviembre	\$ 1.107.200	\$ 64.197	\$ 1.483.467	\$ -	\$ 1.824.417	\$ 151.454
diciembre	\$ 1.132.000	\$ 115.864	\$ 1.765.417	\$ 90.566	\$ 1.223.500	\$ -
Subtotal 2014	\$ 10.234.600	\$ 1.714.472	\$ 17.863.980	\$ 848.748	\$ 17.072.056	\$ 1.990.955
Promedio mensual	\$ 995.756	\$ 1.559.394	\$ 1.588.584			
2017						
	Aux. medios transporte	Aux. equipo productivo				
enero	\$ 908.000	\$ -				
Total	\$ 908.000					

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014				
Periodo de liquidación	Desde	14/01/2014	Hasta	31/12/2014
	Salario fijo mensual:		\$	995.756,00
	Auxilio transporte:		\$	-
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	33.191,87
	Días trabajados:			347
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 959.798,14
	360			
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2015	Hasta	31/12/2015
	Salario fijo mensual:		\$	1.559.394,00
	Auxilio transporte:		\$	-
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	51.979,80
	Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 1.559.394,00
	360			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 591.270,23
	720			
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2016	Hasta	31/12/2016
	Salario fijo mensual:		\$	1.588.584,25
	Auxilio transporte:		\$	-
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	52.952,81
	Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 1.588.584,25
	360			
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			\$ 144.561,17
	360			
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			\$ 1.204.676,39
	360			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 794.292,13
	720			
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2017				
Periodo de liquidación	Desde	1/01/2017	Hasta	31/01/2017
	Salario fijo mensual:		\$	908.000,00
	Auxilio transporte:		\$	-
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	30.266,67
	Días trabajados:			30
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			\$ 75.666,67
	360			
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			\$ 756,67
	360			
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			\$ 75.666,67
	360			
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			\$ 37.833,33
	720			
Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	Intereses sobre cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
2.014	\$ 959.798,14	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 0,00
2.015	\$ 1.559.394,00	\$ 0,00	\$ 0,00	\$ 591.270,23
2.016	\$ 1.588.584,25	\$ 144.561,17	\$ 1.204.676,39	\$ 794.292,13
2.017	\$ 75.666,67	\$ 756,67	\$ 75.666,67	\$ 37.833,33
Totales	\$ 4.183.443,06	\$ 145.317,83	\$ 1.280.343,06	\$ 1.423.395,68

Ahora, realizadas las operaciones aritméticas correspondientes se verifica que los montos a cancelar por concepto de cesantías y primas de servicios resultan también inferiores, por lo que la sentencia será

modificada. De otra parte, para el caso de los intereses a las cesantías y las vacaciones los montos calculados por la Colegiatura resultan superiores a las determinadas por el *a quo*, por tanto, la sentencia será modificada en este punto.

Importa destacar que la Sala apenas calculó las prestaciones sociales y vacaciones con base en las sumas que la empleadora dejó de reconocer y que conforme a lo considerado en precedencia adeuda al trabajador, ello en el entendido que el pago de acreencias laborales ya fue realizado por el empleador en relación con el salario base y por tanto dicha proporción no puede ser tomada nuevamente para establecer la condena, pues se obligaría a la demandada a efectuar un doble pago.

Indexación

Como quiera que la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo la demandada deberá cancelar las condenas debidamente indexadas desde el 23 de enero de 2018 hasta que se verifique el pago de la obligación.

Sanción moratoria

La sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo no son de respuesta judicial automática y solamente están llamadas a prosperar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena

fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

La Sala estima que como quiera que en el contrato de trabajo las partes acordaron el carácter no salarial de los medios de transporte y medios de producción, la demandada válida, aunque equivocadamente podía considerar que estos factores no debían considerarse para liquidar las acreencias laborales. En el mismo sentido, se verifica que de manera autónoma la entidad terminó con esta situación y en vigencia del vínculo laboral suscribió con la trabajadora otro sí, mediante el cual reconocía la efectividad de su gestión mediante el pago de comisiones, circunstancias estas que denotan actuar de buena fe. Así las cosas, no hay lugar a revocar la sentencia en cuanto absolvió a las demandadas de pagar sanción por no consignación de cesantías y por no pago de acreencias laborales a la finalización del contrato.

Solidaridad

La demandada Salud Total se opone a cancelar solidariamente las condenas al argumentar que, pues el contrato comercial suscrito con esta no se limitaba a la promoción de la afiliación, sino que implicaba situaciones de pre y postventa en el mercado, estas que escapan a la promoción del plan obligatorio de salud.

Al punto, se tiene que el Decreto 1485 de 1994, por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud dispone:

ARTICULO 18. PROMOCION DE LA AFILIACION. Las Entidades Promotoras de Salud podrán utilizar para la promoción de la afiliación a vendedores personas naturales, con o sin relación laboral, a instituciones financieras, a intermediarios de seguros u otras entidades, en los términos previstos en el presente Decreto y demás disposiciones legales sobre la materia.

Cuando la promoción se realice por conducto de vendedores personas naturales, las Entidades Promotoras de Salud verificarán la idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado de la labor que desarrollarán.

Las Entidades Promotoras de Salud podrán promover la afiliación por conducto de instituciones financieras e intermediarios de seguros sometidos a la supervisión permanente de la Superintendencia Bancaria, bajo su exclusiva e indelegable responsabilidad directa.

Las instituciones financieras y aseguradoras podrán efectuar labores promocionales en su propio beneficio con fundamento en las actividades previstas en el presente artículo, siempre y cuando se sujeten a las disposiciones que regulan la publicidad de las Entidades Promotoras de Salud y a las normas que les sean propias de conformidad con su calidad de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Los demás intermediarios de seguros que no estén sometidos a la vigilancia permanente de la Superintendencia Bancaria sólo podrán promover la afiliación a la correspondiente Entidad Promotora de Salud bajo la responsabilidad directa de la misma.

PARAGRAFO. El promotor desarrollará su actividad en beneficio de la Entidad Promotora de Salud con la cual haya celebrado el respectivo convenio, sin perjuicio de que en forma expresa obtenga autorización para desarrollar su actividad en beneficio de otras Entidades Promotoras de Salud.

Todas las actuaciones de los promotores en el ejercicio de su actividad, obligan a la Entidad Promotora de Salud respecto de la cual se hubieren desarrollado, y comprometen por ende su responsabilidad.

Al amparo de la norma es claro que Salud Total está llamada a responder solidariamente por las actuaciones de la empresa que contrató para que promocionara sus afiliaciones, actividad esta que fue adelantada por la accionante. En consecuencia, no hay lugar a revocar la sentencia en este punto.

Costas

De otra parte, de conformidad con los numerales 4 a 6 del artículo 366 del Código General del Proceso, la liquidación de costas una vez elaborada por el secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de agencias en derecho que hiciera el A quo, por lo que la Sala se releva de dicho estudio.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala modificará la sentencia en la forma anunciada.

No se causan costas en la apelación.

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 tercero de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el cual quedará del siguiente tenor: CONDENAR a GOLD RH S.A.S. a reconocer y pagar a favor de la demandante, señora Gloria Esperanza Forero los siguientes conceptos:

- Cesantías la suma de \$4.183.443
- Intereses a las cesantías la suma de \$145.317
- Primas de servicio la suma de \$1.280.343
- Vacaciones la suma de \$1.423.395

Reconocer y pagar la diferencia en el ingreso base de cotización de los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 14 de enero de 2014 al 31 de enero de 2017, para lo cual debe tener en cuenta como diferencia los ingresos base de cotización señalados en la parte motiva de esta decisión. Se otorga 15 días hábiles como obligación de hacer, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión para el respectivo pago de la obligación

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

TERCERO: Sin COSTAS en la instancia.

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 041 2021 00042 01
DEMANDANTE: ANDREA DEL PILAR DAMIAN FAGUA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de febrero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez a partir del 31 de enero de 2014, junto con los intereses moratorios o, de manera subsidiaria, la indexación. Así mismo, a pagar los demás 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 mediante dictamen DML 3511032 del 26 de junio de 2020, Colpensiones le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 54.80%, de origen común, estructurada el 29 de agosto de 2019, por padecer “*Trastorno esquizoafectivo*”. Que ha cotizado para los riesgos de IVM 142 semanas, al 31 de enero de 2014. Inicialmente estuvo afiliada a Porvenir AFP, y actualmente a Colpensiones. Debido a su patología, a partir de la fecha indicada no pudo continuar prestando su fuerza productiva, ni menos realizar cotizaciones al sistema. Por todo lo anterior solicitó la pensión de invalidez, no obstante mediante Resolución N° SUB 208308 del 30 de septiembre de 2020, le fue negada al

argumentar que no cuenta con los requisitos de ley al momento de la estructuración de la invalidez. Aseguró que sus enfermedades son crónicas, congénitas y degenerativas, por lo que en aplicación del principio de favorabilidad, las semanas deben contabilizarse a partir de la última semana efectivamente cotizada, como lo ha expresado la Corte Constitucional, requisito que sí cumple (fl. 9 a 30).

La demandada al responder, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la valoración de la actora por padecer la enfermedad señalada, su afiliación a porvenir y ahora a Colpensiones, la fecha del último aporte, la solicitud de la prestación y la negativa de la entidad. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los hechos restantes. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses argumentó que la demandante no cotizó las 50 semanas exigidas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, exigidas por la Ley 860 de 2003 (fl. 3 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de febrero de 2022, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la señora ANDREA DEL PILAR DAMIAN FAGUA, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente y en 13 mesadas al año.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 7 de septiembre del 2017 y no probadas las de inexistencia del derecho y la obligación, buena fe e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - a reconocer y pagar a la demandante, el retroactivo por mesadas pensionales dejadas de cancelar, desde el 7 de septiembre del 2017 y hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina, debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado a la demandante.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada. Inclúyase la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho.

SEPTIMO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena REMITIR la presente decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, a la Sala de Decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., atendiendo el contenido del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la enfermedad que padece la demandante es crónica y degenerativa, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia, es posible determinar que la fecha de estructuración corresponde a la última cotización efectuada al sistema general de pensiones; razón por la cual, parte del supuesto que la actora en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, efectuó cotizaciones hasta el mes de enero de 2014, y en este sentido encontró procedente modificar la fecha de estructuración a partir de su última cotización (Archivo 23).

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada presentó recurso de apelación, aduciendo que no se cumple con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años con anterioridad a la fecha de estructuración, establecido el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993; y que al tratarse de una enfermedad considerada como de las que generan un trastorno, se hace un estudio especial, que trae la posibilidad jurisprudencial, de tomar en cuenta bien sea la fecha de estructuración o la fecha de emisión del dictamen, sin que en ninguna de estas opciones se acredite el mínimo de semanas requeridas por la norma.

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, es

procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala dilucidar si la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Pensión de invalidez

Se encuentra demostrado que mediante dictamen de 25 de junio de 2020 (fl. 18 a 22), Colpensiones determinó que la actora padece una pérdida de capacidad laboral del 54.80%, estructurada el 29 de agosto de 2019, de origen común, y a través de Resolución N° SUB 193014 del 10 de septiembre de 2020, le fue negada la prestación al no acreditar 50 semanas en los 3 años anteriores al estado de invalidez (fl. 81 del expediente administrativo); decisión recurrida y confirmada mediante Resolución 208308 del 30 de septiembre de 2020 (fl. 24 a 29).

En materia pensional la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento de la prestación. Tratándose de pensión de invalidez, el precepto aplicable será aquel vigente en la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación (CSJ SL797-2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la CSJ SL, 30 abr 2013, rad 45815).

En el presente caso, como quiera que la invalidez de la demandante se estructuró el 29 de agosto de 2019 (fl. 18 a 22) debe aplicarse el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, ya que es la disposición vigente a dicha data, la cual establece como requisitos para obtener la prestación invalidez, la acreditación del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral y 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Así las cosas, se cumple el primer requisito por cuanto a la demandante le fue calificada una PCL del 54.80% (fl. 18 a 22), no obstante, no cotizó semana alguna dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez como se verifica del reporte de folios 16 a 17 de la demanda y del archivo 1 del expediente administrativo. Por tanto, la actora no acredita los requisitos para acceder a la prestación reclamada al amparo de la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

Ahora bien, la demandante expone en el libelo que la patología que la aqueja es crónica, congénita y degenerativa, y que cotizó como dependiente, hasta cuando sus fuerzas se lo permitieron, esto es, hasta el 31 de enero de 2014, pues debido a sus patologías y achaques de salud a partir de esa fecha no pudo continuar prestando su fuerza productiva y menos realizar cotizaciones al sistema.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que respecto de las personas que padecen enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico, es válido contabilizar las semanas aportadas **con posterioridad** a la fecha de estructuración de la invalidez, siempre que se demuestre que el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo.

En sentencia CSJ SL3275-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL5023-2021 la Sala de Casación Laboral adoctrinó:

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Debe advertirse que **lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita.** De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, **se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.** (Negrillas de la Sala)

Pues bien, en el asunto bajo estudio, la fecha de estructuración de la invalidez corresponde al 29 de agosto de 2019, sin que la demandante haya demostrado por ningún medio que había lugar a modificar esa data, tan es así que ni siquiera fue solicitado en la demanda o alegado en los hechos este punto, en donde no se atacó la validez del dictamen, ni fue controvertido en el proceso; pues aunque aseguró que a partir del 31 de enero de 2014 no pudo continuar prestando su fuerza productiva y menos realizar cotizaciones al sistema, de las pruebas allegadas al proceso, no es posible deducir que en efecto no haya continuado laborando a causa de la enfermedad que padece, como erradamente lo encontró la *a quo*.

Importa señalar que el Juzgado de conocimiento encontró procedente modificar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la accionante, en atención al criterio de “*capacidad laboral residual*”; fundamentándose en múltiples consideraciones de las Altas Cortes.

Al respecto, debe precisarse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha explicado la figura de capacidad laboral residual, para el caso puntual de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, como la posibilidad de que “*a pesar de fijarse en forma retroactiva la fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado sus capacidades funcionales y productivas, al punto de continuar con su vinculación laboral y que haya realizado los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez*” (Sentencia T-604 del 2014).

Lo anterior, no significa otra cosa que, la posibilidad de que pese a haberse determinado una fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, la persona pueda continuar ejerciendo una actividad laboral de manera posterior, realizando los correspondientes aportes a seguridad social, los que necesariamente deben tenerse como válidos y con los cuales puede alcanzar el reconocimiento de su pensión de invalidez; empero, de manera alguna, puede tenerse de manera contraria.

Nótese, que la capacidad laboral residual, se contempla como la posibilidad de continuar trabajando de manera posterior, en el entendido de que existen enfermedades cuyas consecuencias no dejan a la persona limitada totalmente para mantenerse activa y proveerse sus gastos de manera inmediata; pero no puede entenderse que sea igual de manera retroactiva, en tanto se desconoce si la persona dejó de laborar por otros motivos; es así como la jurisprudencia no establece que la fecha de estructuración se pueda retrotraer a la fecha de la última cotización, como lo entendió la *a quo*.

Ha explicado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 5023-2021, lo siguiente:

...existen situaciones específicas, como en las enfermedades congénitas o, aquellas calificadas como enfermedades crónicas o degenerativas; o la establecida por esta Sala, ocasionada por secuelas que se manifiesten de manera ulterior al diagnóstico de la enfermedad (CSJ SL4178-2020), que le permiten a la persona mantener su capacidad laboral, y que al actuar como trabajador activo lo obliga a realizar los respectivos aportes para cubrir inclusive los riegos de invalidez y muerte que ofrece el sistema; cotizaciones éstas que resultan ser plenamente válidas, y con las cuales puede alcanzar el reconocimiento inclusive de una pensión de vejez.

Y es precisamente en el caso puntual de personas con enfermedades congénitas, crónicas, degenerativas o, las ocasionadas por secuelas tardías al diagnóstico de la enfermedad, que la posición mayoritaria de esta Sala, habilita la contabilización de las semanas aportadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez (SL3275-2019).

Así las cosas, tratándose exclusivamente de personas con enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas y, secuelas tardías, **el funcionario judicial debe ponderar varias aristas del asunto a definir, entre otras, el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, la continuidad de las cotizaciones y la fecha en que se declaró la pérdida permanente de capacidad laboral del 50% o superior por parte de la entidad**

calificadora habilitada legalmente para tales efectos. Y únicamente a partir de dicho estudio global, debe el funcionario judicial determinar si la fecha de estructuración fijada en el correspondiente dictamen coincide con el momento en que el afiliado perdió la capacidad laboral en el 50% o más, o si, eventualmente a la data en que así se declaró, ello no era viable por cuanto el afiliado continuaba con capacidad para desarrollar un determinado rol o trabajo. (Negrillas de la Sala).

De conformidad con el anterior aparte jurisprudencial, para modificar la fecha de estructuración de la invalidez, no resulta suficiente con invocar el criterio pacífico respecto de la capacidad laboral residual, pues es necesario evaluar dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, historia laboral, la continuidad de las cotizaciones y la fecha en que se declaró la pérdida permanente de la capacidad laboral, todo de manera conjunta, para llegar a tal conclusión; lo que en criterio de este Tribunal, no basta con afirmar que la demandante padece de trastorno esquizoafectivo, incluso desde 1997.

Nótese que de la historia clínica de la demandante se tiene que, en efecto se trata de una paciente con historia antigua en la institución con *transtorno esquizoafectivo* desde 1997; para el dictamen de PCL se trajeron a colación pruebas con psiquiatría del 6 y 9 de enero de 2009, el 20 de febrero de 2012, 12 de marzo de 2010, 9 de agosto de 2012, 30 de abril de 2012, 8 de enero de 2014, 14 de mayo de 2015, 5 de diciembre de 2018, e incluso del 11 de febrero de 2019 (estas dos últimas que se echan de menos en el análisis de la juzgadora de primer grado). Así mismo, en la evaluación de psiquiatría del 14 de mayo de 2015 se indica: *“continúa adherencia al tratamiento y adecuado funcionamiento global continúa trabajando y participando en talleres de socialización, actividades y deportes, paciente con estabilización de los síntomas integración social y adecuado funcionamiento global”*.

De las pruebas allegadas, no comparte esta Sala el criterio la falladora de primer grado, respecto de la procedencia de modificar la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de la actora y en consecuencia proceder a estudiar la pensión de invalidez reclamada con fundamento en la nueva fecha; pues de sus evaluaciones, se obtiene que con posterioridad al 31 de enero de 2014, continuaba con *adecuado funcionamiento global*, lo que en principio puede entenderse como

capacidad para trabajar; sin que exista prueba en el plenario de lo contrario.

Aunado a lo anterior, cumple precisar que en el caso bajo estudio, no fue objeto de discusión la validez del dictamen médico o la modificación de dicha fecha, pues lo que se solicitó fue la procedencia de la pensión de invalidez a partir del 31 de enero de 2014, fecha de la última cotización, situación que fue corroborada en la fijación del litigio, sin que se observe que se haya atacado o controvertido en el proceso el dictamen que determinó la pérdida de la capacidad laboral.

Bajo este entendido, importante resulta recordar que en materia laboral existe la posibilidad de decisiones judiciales extra o ultra petita, las cuales son una excepción al principio de congruencia, ya que según lo normado en el art. 50 del CPTSS, el juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los **hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados**, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

Sobre dichas facultades, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL3614-2020, expuso:

(...) la facultad extra petita –por fuera de lo pedido– requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Por su parte, la ultra petita –más allá de lo solicitado– exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y (ii) que del juicio no emerja que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

Así las cosas, para ser modificada la fecha de estructuración de la invalidez en primera instancia, debía ser incluida esta petición en la *causa petendi*, si a partir de esto se aspiraba obtener el reconocimiento

pensional, pues lo cierto es que, en el escrito inicial la demandante no expresa inconformidad ni desacuerdo con la fecha de estructuración tenida en cuenta por la entidad de seguridad social para negarle el derecho.

Bajo ese escenario, se considera que más allá de que la decisión primigenia en estricto sentido haya conducido a la condena de la pensión pretendida en la demanda, no era dado al *a quo* pasar al análisis de supuestos fácticos que no fueron discutidos en el trámite, en la medida en que la demandada no tuvo la oportunidad de ejercer adecuadamente su defensa sobre los hechos que se encontraron probados en la primera instancia, así como tampoco de derruirlos y controvertirlos en el debate probatorio.

De conformidad con las consideraciones expuestas, no podía modificarse la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, siendo válida la plasmada en el dictamen, esto es 29 de agosto de 2019 y, en este sentido, al encontrar que la demandante no efectuó cotización alguna en los 3 años anteriores, no hay lugar a reconocer la pensión de invalidez pretendida.

En consecuencia, la Sala revocará la decisión analizada, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones incoadas.

Costas de primera instancia a cargo de la demandante. No se causan en este grado de jurisdicción.

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 el 2 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas.

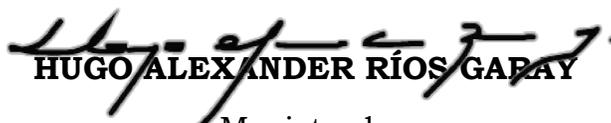
COSTAS de primera instancia a cargo de la demandante. No se causan en este grado de jurisdicción.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



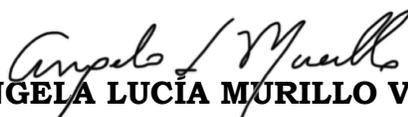
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 012019 01246 01.
DEMANDANTE: RICARDO ALONSO ARIZA ESTUPIÑAN.
DEMANDADO: LUIS EDUARDO ARIZA ESTUPIÑAN.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio al demandado para que se declare la existencia de una relación laboral entre las partes del 15 de febrero de 2002 al 30 de junio de 2019; en consecuencia, se condene al pago de todas las prestaciones sociales y derechos pensionales durante toda la relación laboral; la pensión sanción, el pago del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización moratoria y los intereses moratorios; costas y gastos del proceso; el cálculo actuarial que indique Colpensiones y, las demás condenas *extra y ultra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el demandado es un reconocido comerciante ganadero, que ejerce su actividad en el Frigorífico Guadalupe S.A.S. desde hace aproximadamente 30 años. El 15 de febrero de 2002, el demandante inició a trabajar para aquel, mediante contrato verbal laboraba como ayudante en la línea de sacrificio, comercialización y venta de ganado bovino y porcino en pie y canal, supervisión y control de

los demás colaboradores y cobro de cartera producto de la venta del ganado y las curtiembres, así como labores de mensajería adicionales, encomendada por su empleador; en horario de las 3 de la mañana hasta las 2 de la tarde, de lunes a sábado. La contraprestación percibida era de un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Las labores encomendadas fueron ejecutadas de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste, diurno o nocturno, percibiendo como contraprestación un salario mínimo mensual vigente sin recargos nocturnos ni horas extras. Aduce que por parte del empleador no se presentó queja alguna o llamado de atención. El servicio se prestó de manera ininterrumpida, hasta el 30 de junio de 2019, cuando el empleador le anunció que había terminado la relación laboral, sin ninguna causa. Durante el tiempo de labor no recibió prestaciones sociales, horas extras, vacaciones, primas, cesantías, intereses a las cesantías, dotación, ni cotizaciones a pensión, salud ni riesgos profesionales. Durante el tiempo de la relación, el demandante ha padecido un infarto y enfermedad cardiaca que tuvieron que ser tratados por CAPITAL SALUD EPS S.A.S. del régimen subsidiado por cuanto el empleador nunca realizó pago a salud ni ARL, su salud ha desmejorado notablemente, pero no es posible determinar si existe pérdida de la capacidad laboral por cuanto no cuenta con ARL para tal fin (fls. 24 a 27).

Al contestar el demandado se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió ser comerciante ganadero y que se encuentra registrado como usuario en el Frigorífico Guadalupe S.A.S. Manifestó no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En su defensa manifestó que el demandante se encontraba vinculado y registrado como comerciante y usuario en el Frigorífico Guadalupe S.A.S., ejerciendo su actividad de manera independiente; sin que se pueda verificar relación alguna en donde se configuren los elementos descritos en el artículo 23 del C.S.T. (fls. 32 a 33 y 36 a 39).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 04 de noviembre de 2021, declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación, absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y condenó en costas al demandante.

En lo fundamental, señaló que no se encuentra cumplida la carga probatoria establecida por quien invoca el supuesto de hecho del que pretende derivar un derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante apeló lo resuelto. Argumentó que sí existió el vínculo y sí hay un nexo causal entre la relación laboral entre las partes, que, aunque tienen un vínculo de consanguinidad, no por este hecho se puede pretender esconder o disfrazar la existencia del contrato laboral. Solicita se realice un análisis acucioso de cada testimonio y cada una de las actuaciones dadas aquí en el curso del proceso y que si es necesario se decreten pruebas de oficio, para establecer la existencia de trabajo verbal, un contrato realidad entre Luis Eduardo Ariza y Ricardo Ariza el primero como empleador y el segundo como su trabajador.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura definir si es procedente declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo y si en consecuencia el demandado debe ser condenado a pagar las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes

en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii*) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

A su vez, establece el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien la alega, la acreditación de la prestación del servicio personal, y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la parte demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación jurídica o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado en sentencias CSJ SL628-2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no bastan las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, no existe certeza sobre la prestación de los servicios en calidad de trabajador por parte del señor RICARDO ALONSO ARIZA ESTUPIÑÁN en favor del demandado LUIS EDUARDO ARIZA ESTUPIÑÁN, como lo determinó el a quo, por cuanto no obran en el plenario elementos probatorios que acrediten de manera fehaciente la efectiva prestación de servicios, los extremos temporales de la relación de trabajo, la jornada laboral, el monto del salario, entre otros, todos estos aspectos indispensables para condenar al empleador al pago de las obligaciones laborales.

Es así como el demandante, para demostrar el vínculo laboral que lo unió con el demandado, allegó al plenario una certificación visible a folio 3, expedida por el jefe de experiencia del cliente de Frigorífico Guadalupe S.A.S., en donde si bien se indica que: *“El señor RICARDO ARIZA ESTUPIÑÁN (...) **ayuda** a su hermano el señor EDUARDO ARIZA ESTUPIÑÁN en la comercialización de ganado bovino en pío y carne en canal en el Frigorífico desde hace más de 20 años.”* y que *“...siempre se ha caracterizado por ser una persona honesta, seria, cumplidora de sus obligaciones con el Frigorífico y con los miembros de su comunidad comercial”*; dicho documento, además de provenir de un tercero ajeno a este proceso y sin fecha de expedición, no da cuenta de la relación laboral, forma de vinculación, extremos, actividades, horarios o cualquier otro dato que pudiera llevar a entender que en efecto se trató de una verdadera relación contractual laboral o al menos.

De folios 4 a 11, se aporta la historia clínica del demandante, documento que tampoco da fe de alguna relación laboral o prestación de servicio.

Así mismo, al absolver interrogatorio de parte, el demandado manifestó ser hermano del demandante, que su padre fue quien los incluyó en el negocio del frigorífico. Ricardo le ayudaba al papá, éste es independiente y sacrifica ganado allá en el matadero, como lo hace el demandado y muchos usuarios, porque es un oficio y una empresa pública, pero cada uno era independiente. Indica que en su actividad no ha tenido empleados, transportadores o despresadores, pues eso se paga

independientemente por mes, y que el sacrificio se lo paga al frigorífico el día anterior, para que le amanezcan sacrificados y hacerlos despachar para distribuidora. Que el cobro del ganado se hace depende de cómo negocie con la persona, algunos con cheque y otros que traen los ganados al frigorífico y exigen la plata de contado. Que no ha realizado algún pago al demandante. Indica que Ricardo tenía llave de la oficina que está contratada a su nombre, y él entraba a guardar ahí la blusa, pero cambió unos billetes por falsos y se desapareció una plata, por lo que su hijo tomó la medida de quitarle la llave y suspenderle la entrada a la oficina. Insiste en que el actor cobraba tal vez los ganados de él, pero nunca le cobraba los del demandado, pues ni le tenía confianza y es su hijo quien se encarga de eso. No ha tenido a Ricardo como socio, ni como cobrador ni mucho menos como empleado. Explica que el frigorífico es una entidad que presta el servicio de sacrificio de ganado y de cerdos, que él se ha dedicado a la comercialización de ganado, el que quiera llevar sus animales para comercializarlos y venderlos al mejor postor, entra todo el mundo; la empresa alquila las oficinas para llevar la contabilidad o hacer los pagos; el lleva o trae ganados de varios sitios del país al frigorífico Guadalupe y Ricardo hacía lo mismo, sus hermanos lo mismo y mucha gente, porque es una empresa pública y puede comercializar cualquier persona.

Por su parte el demandante al absolver su interrogatorio de parte, indicó haber empezado a trabajar con su padre más o menos en el año 1979, después su padre se retiró y su hermano, el demandado lo llamó y empezó a trabajarle en febrero 15 de 2002 hasta el 2019. Afirma que el demandado lo llamó y le dijo *“venga me ayuda, me trabaja”* y se puso a trabajarle a él; que tenía que entregarle y recibirle el ganado, verlo pesar, a veces comprarle y él lo pagaba, y que en la línea llegaba a las 3:00 o 3:30 de la mañana a entregarle las reses en el salón en canal para los expendidos. Que el salario era 150.000 pesos, y fue aumentando hasta que terminó, cuando le dijo *“ya no me trabaje más, dele las llaves de la oficina a mi hijo”* que ahí le pagaba 350.000 pesos; que Eduardo le daba la plata de lo que cobraba, le entregaba la cartera y él anotaba en un libro. Afirma que una vez el hijo del señor Eduardo Ariza le puso una trampa para que el papá lo echara, le dio para un denuncia, para pagar en el banco, que dejó la plata en la oficina, y al otro día faltaba un millón. Que cree que por

eso lo despidió y porque necesitaba reemplazarlo con el hijo; eso fue en el 2019, más o menos el 30 de junio. Que el tipo de acuerdo que celebros con el demandado fue verbalmente, para que le trabajara, tenía que estar a las 3:00 - 3:30 de la mañana para entregarle el ganado que traía, le daba la plata para denunciarlo y al otro día tenía que estar a las 3:30 o 4:00 de la mañana para entregar esas reses; él anotaba y le entregaba el talonario a la secretaria a Nubia Rueda y le entregaba a veces la caja a ella y la plata se la daba a Eduardo.

Se recibieron los testimonios de JOSÉ GUILLERMO GARZÓN BERMÚDEZ, NUBIA RUEDA y CRISTIAN ARIZA.

El primero manifestó conocer hace más o menos 30 años al demandante, porque anteriormente trabajaba en el frigorífico Guadalupe, en una cafetería interna y que la función que él cumplía es que él pesaba y compraban ganados con el hermano. Que tiene entendido que Luis Ariza era más o menos como el empleador de Ricardo. Que ellos tenían una línea; que cuando abrían la cafetería que más o menos era a las 3:30 o 4:00 de la mañana, ellos subían a tomar tinto, y que él veía al señor Ricardo Ariza ayudando a pesar el ganado y a despachar el ganado. Dice que se imagina que había una relación laboral porque cuando ellos iban y hacían cuentas en la cafetería a veces veía a don Ricardo haciendo otras acciones con el hermano, Ricardo le pasaba la factura, el pesaje se lo pasaba a Luis y así, se veía haciendo esas transacciones, se imagina que eran transacciones de negocios del proceso del día. No sabe cuándo empezaron a trabajar, ni salario, o hasta cuando prestó servicios el señor Ricardo. No le consta que trabajara como independiente, dice que al principio se entendía que eran los hermanos Ariza, pero no sabía cuál era el empleador o el empleado en ese tiempo.

NUBIA RUEDA manifestó conocer como desde el año 2000 al demandante, cuando él ingresó a trabajar en el Guadalupe con don Eduardo, en ese tiempo ella trabajaba para él como secretaria y Ricardo trabajaba en la línea, él llevaba a la oficina su talonario y, ella trabajó con Eduardo hasta el 2006. Que el actor entregaba el ganado a los clientes, hacia los recibos y le subía el talonario para liquidar o a veces lo subía

Eduardo. Iba todos los días, subía su talonario y él después salía con don Eduardo, no sabe hasta qué hora se quedaba. No sabe qué tipo de contrato tenían, cómo le pagaba y no recuerda el salario. Respecto del motivo por el cual el señor Ricardo Ariza dejó de prestar sus servicios al demandado, indica que el actor le comentó que Eduardo lo había sacado, pero no sabe más. En cuanto al horario, indica saber que en la línea llegan en la madrugada, ella llegaba a trabajar a las 8 de la mañana y en la línea ellos llegan a las 2:00 o 3:00 de la mañana y a las 9:00 de la mañana ya le estaban subiendo el talonario para liquidar el ganado. Indica que para trabajar en el frigorífico Guadalupe le dan unos carnés o se llenaba y decía con quien trabaja, ponía la huella y decía para que oficina iba. Ella no manejaba el efectivo, de vez en cuando a la oficina le llevaban plata de vísceras, de pieles, y ella la guardaba, se la entregaba al otro día, pero nunca le manejó la plata a don Eduardo. No le pagaba nómina a Ricardo. No sabe si Ricardo trabajaba independiente.

Finalmente, CRISTIAN ARIZA, hijo del demandado y sobrino del demandante, afirmó que el actor no trabajó para el demandado. Que lo ha visto en el frigorífico Guadalupe, así como ha visto a su abuelo y, a otros tíos hermanos de él y, primos, porque su familia va y comercializa ganado allá directamente; que la plaza del frigorífico es una plaza abierta, pública donde puede ir cualquier persona a comercializar ganado el día que quiera. No le consta nada de cobros de dineros por venta de ganado y por otras actividades que se desarrollan al servicio del frigorífico Guadalupe, por parte del demandante. Que para desarrollar la labor en el frigorífico solo se requiere, si usted es comerciante de ganado, hace llegar el ganado ya con sus guías sus papeles en regla lo hacen ingresar, si va a comprar usted simplemente necesita llevar el dinero y comprarlo, la plata en efectivo o como sea que usted haga el acuerdo con la persona a la que le vaya a comprar el ganado en pie, y si va a sacrificar ganado hay un turno que le asignan, que incluso Ricardo tiene un turno. No le consta que el demandante tenía que llevarle dinero al demandado. Refiere que tuvo hace un tiempo con el actor un altercado, donde dejó una plata en la oficina y su padre de buena fe le permitía que él entrara a la oficina para que guardara sus pertenencias, y cuando volvió el dinero estaba incompleto, por lo que le dijo al actor “me hace el favor y me devuelve las llaves de la

oficina, usted ya no puede entrar acá”. No le consta que el señor Ricardo Ariza tuviera o manejara alguna Valera o talonario, pero también tuvo un altercado porque Ricardo fue atrevido y cogió una Valera y le envió unos novillos a nombre de ellos a un cliente.

Analizadas de manera detallada y conjunta las declaraciones rendidas, advierte la Sala que no se demostró que el demandante haya prestado sus servicios de forma personal al demandado, lo cual no permite a la Sala tener elementos de juicio que posibilite la declaración de una relación laboral en el *examine* y el consecuente estudio de las pretensiones de la demanda en la forma como se alegó por la parte actora. Es así como, de los testimonios practicados, solo se logró acreditar que el demandante iba al frigorífico, pero no existe claridad respecto de que trabajara para su hermano o lo hiciera de manera independiente. Nótese que aun cuando los dos primeros testigos indican que sí trabajaba con el demandado, en realidad de su dicho se desprende que no les consta cual era la vinculación, si tenían una sociedad o si cada uno trabajaba de manera independiente y simplemente se encontraban en el Frigorífico, pues ninguno de ellos tiene detalle de la prestación del servicio, remuneración o menos, subordinación.

Estima la colegiatura que el demandante faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, como quiera que por ningún medio demostró siquiera que prestó servicios al demandado.

Corolario de lo anterior, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan modificar la decisión absolutoria analizada, por lo que la misma será confirmada.

No se causan costas en esta instancia.

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 4 de noviembre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en la consulta.

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 02 2020 00157 01
DEMANDANTE: JUAN CARLOS UMAÑA CUERVO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de noviembre 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 de la afiliación»* al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. y, que la AFP incumplió el deber de información al momento del traslado. En consecuencia, condenar a Protección a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con los rendimientos, frutos, intereses, cuotas de administración, gastos de administración, seguros y demás emolumentos. A la última a activar la afiliación y recibir el traslado de los aportes. Asimismo que podrá solicitar a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, una vez acredite los requisitos exigidos. Se disponga 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 1 de diciembre de 1959 y actualmente tiene 60 años. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde 1985 y cotizó 350 semanas al régimen de prima media. Indicó que se trasladó al RAIS en 1995 a través de Protección. Señaló que el asesor de la AFP le informó que al trasladarse a este fondo en tendría una mejor mesada pensional de la que tendría en prima media. Adujo que no fue informado sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional. Aseguró que en el 2020 Protección informó que el valor de la mesada pensional en el RAIS sería de \$892.535. Finalmente, que agotó la vía gubernativa ante Colpensiones el 11 de febrero del 2020 (expediente digital, archivo 01, fls. 2 al 14).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Admitió la data de natalicio y la edad del actor, así como el traslado de régimen a través de Protección. De los demás hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso la excepción previa falta de integración del *litis* consorcio necesario por pasiva y, las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»* y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses refirió que sus actuaciones han estado enmarcadas en los principio de buena fe y legalidad. Que el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS con la suscripción del formulario, el que suscribió de manera libre. Refirió que brindó una asesoría completa conforme lo exigía el ordenamiento jurídico para la época (expediente digital, archivo 02, fls. 3 a 33).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó la data de nacimiento del actor y su edad, la afiliación al ISS y las semanas cotizadas y la reclamación administrativa ante Colpensiones. De los demás hechos

dijo que no le constan. Planteó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Alegó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y que se encuentra inmerso en prohibición legal para retornar a prima media (expediente digital, archivo 05, fls. 25 a 65).

Por auto del 30 de junio de 2022 se dispuso vincular como *litis* consorte necesario a Colfondos (expediente digital, archivo 11, fls 1 a 4) quien al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Manifestó no constarle los hechos de la demanda. Formuló 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 oficiosamente. 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 12, fl. 7 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de noviembre de 2022 (archivo 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor Juan Carlos Umaña Cuervo, identificado con cédula de ciudadanía número 79.149.707, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena Pensiones y Cesantías hoy la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el día 06 de octubre de 1994 y consecuentemente las subsiguientes traslados realizados a administradoras del mismo régimen ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. 01 de abril de 2000; el realizado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 14 de marzo de 2003, y el 15 de febrero de 2006 a ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., de conformidad con lo expuesto en las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Se CONDENARÁ a Protección S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante el señor Juan Carlos Umaña Cuervo, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses esto es los rendimientos causados, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: Se ORDENARÁ a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante en el régimen de prima media el 23 de septiembre de 1985, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

CUARTO: Se DECLARARÁN no probadas las excepciones propuestas las demandadas.

QUINTO: Se CONDENARÁ en costas a la parte accionada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a cargo de estas.

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

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que brindó información completa y suficiente, que le permitiera al actor tomar la decisión consiente de trasladarse, requisito que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones apeló lo resuelto al exponer que la sentencia atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues el patrimonio del demandante no alcanza a financiar la prestación económica. Indicó que según sentencia de la Corte Constitucional la inversión de la carga de la prueba debe ser obligación de las AFP el cumplimiento del deber legal de información. Rechazó la imposición de costas en primera y segunda instancia.

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 expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 23 de septiembre de 1985 (archivo 20, expediente administrativo, documento historia laboral). Migró al RAIS, administrado por la AFP Colmena el 6 de octubre de 1994, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 02, fl. 42),

Posteriormente, se trasladó a ING el 1 de abril de 2000, luego a Colfondos el 1 de mayo del 2003, retorno a ING el 1 de abril del 2006 y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección (expediente digital, archivo 02, fl. 48).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que sabía que la Caja de Previsión Nacional se terminaría y debía *«mirar para donde me iba»*. Señaló que a su lugar de trabajo se presentó una asesora de Colmena, y les brindó una reunión grupal a él y 6 compañeros de trabajo, en donde les informaron que la Caja Nacional se acabaría y debía trasladarse a un fondo privado, que su pensión estaba supeditada a la economía, que los aportes realizados en la Caja de Previsión se trasladarían al fondo privado. Adujo que sabía que su pensión era heredable porque lo había visto en otros casos y no porque la asesora lo hubiese ilustrado al respecto. Indicó que el formulario de afiliación lo diligenció la asesora, que él lo leyó y firmó de manera libre y voluntaria. Relató que previo al traslado la asesora de la AFP no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Dijo que se trasladó a Colmena porque fue el único fondo que se dirigió a él para realizar el traslado. Refirió que se trasladó horizontalmente a Colfondos e ING, por cambios de empleador, pero sin mediar asesoría previa a los

traslados. Admitió recibir extractos financieros y revisaba que estuviesen los aportes. Dijo que se acercó en el 2020 a oficinas de Protección a indagar sobre su futuro pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colmena hoy 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 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 a 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. 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 Colfondos 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).

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.

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 la demandada 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, el fondo resultó

derrotado, pues se declaró la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a 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 segundo de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: 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.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a Colfondos 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 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.

TERCERO: 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.

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

Magistrado



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 011 2020 00328 01
DEMANDANTE: CLAUDIA CONSUELO GÓMEZ ACEVEDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 Once 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 pretendió que se declare la nulidad del traslado efectuada del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Cesantías y Pensiones Colmena, hoy Protección S.A. En consecuencia, se ordenó a las demandadas, el traslado a Colpensiones de todos los aportes recibidos por su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses. Asimismo, se ordene a Colpensiones a recibir la totalidad de las sumas trasladadas; y, se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de marzo de 1965; laboró toda su vida en el sector privado, por lo que ha aportado al

sistema general de pensiones en periodos discontinuos desde el 1 de enero de 1995, fecha en que se vinculó al régimen pensional administrado por el extinto ISS. El 22 de febrero de 1996, a causa de una indebida información suministrada por los asesores de la entonces AFP Colmena, hoy Protección, suscribió formulario de solicitud de vinculación por traslado de régimen de pensiones del de prima media al de ahorro individual administrado por la mencionada AFP; traslado que se efectuó de manera irregular como quiera que la AFP faltó a su deber de información. En febrero de 2000, se trasladó al Fondo de Pensiones BBVA Horizonte, hoy Porvenir AFP, entidad a la cual ha realizado aportes hasta la fecha de presentación de esta demanda. No recibió información por parte de ninguna de las AFP frente al cambio de régimen de pensiones, las posibles desventajas que acarrearía el traslado en sus expectativas prestacionales, o un estudio de rentabilidad. Solicitó a cada una de las demandadas la nulidad del traslado, las cuales le resolvieron desfavorablemente (expediente digital, archivo 02 fls. 1 a 8).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la solicitud de nulidad del traslado de régimen pensional y, la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento pues al momento de la afiliación se brindó información clara y expresa (expediente digital, archivo 12 fls. 2 a 38).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarles o no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y

las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 16 fls. 2 a 23).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la solicitud de nulidad del traslado y la respuesta. 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, traslado de aportes y, las declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, brindando una asesoría completa, clara y comprensible; la demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información de la afiliada (expediente digital, archivo 8, fls. 2 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 22), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por la ciudadana Claudia Consuelo Gómez Acevedo a la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A. de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. – DECLARAR que para todos los efectos legales la ciudadana Claudia Consuelo Gómez Acevedo nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia.

TERCERO. – CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la ciudadana

Claudia Consuelo Gómez Acevedo, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del código civil, gastos de administración, gastos de prima de invalidez y de muerte, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO. – DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones 0073 propuestas por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO. - CONDENAR en costas a Protección y Porvenir. Liquidense por secretaria, incluidas en ellas la suma de un millón de pesos (\$1.000.000), valor en que se estiman las agencias en derecho, a razón de quinientos mil pesos (\$500.000) por cada una de las dos entidades condenadas.

SEXTO. - CONSULTAR esta provincia en favor de la demandada Colpensiones ante la Sala de decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente por ese sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP accionadas no demostraron el contenido y alcance de la información suministrada a la actora al momento del traslado, con lo cual incumplieron la carga probatoria que les incumbía, por lo que resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que a la accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, al tener menos de 10 años para adquirir la categoría pensional; afirma que no existen vicios del consentimiento y se pudo traslucir que se dio cumplimiento al deber de información; que con la permanencia en el RAIS y los traslados horizontales, dejó una intención clara de permanecer en este sistema; y finalmente, que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada a Colpensiones, hasta el 22 de febrero de 1996, fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 2 fl. 12 y 13); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Horizonte, el 22 de noviembre de 1999 y, luego a hoy Porvenir S.A. el 31 de marzo de 2008 (expediente digital, documento 06, fl. 89 a 92).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló en cuanto al modo, tiempo y lugar en el que se dio su afiliación a Protección en 1996, que estaba trabajando en el Colegio de los jesuitas, una persona traída por el Colegio y proveniente de Colmena llega y le recomiendan que se pase a ésta, porque el Seguro Social se va a acabar; que fue una asesoría de no más de 15 minutos, en la que no hubo ningún tipo de información, ni clara, ni detallada, no le dijeron beneficios, ni se le indicó la diferencia de estar cotizando a Colmena y Protección. Indica que firmó con desconocimiento total sobre las implicaciones que iba a tener; leyó el formulario de afiliación antes de firmarlo, era súper corto, claro y decía firma acá y firmó, de manera libre y voluntaria. Hizo el traslado horizontal cuando cambió de colegio y, allí le recomendaron el nuevo fondo privado, pero tampoco le dieron información específica. Indica ser psicóloga y trabajar con estudiantes, resalta no ser financista ni economista ni abogada. Afirma que no le dieron ningún tipo de información detallada, ni explícita, en ninguna de las afiliaciones. Que 4 o 5 años atrás cuando empieza a indagar qué va a pasar con su pensión se empieza a dar cuenta que realmente no tenía una información detallada y que era un error haber

firmado. Dice que el motivo principal para interponer la demanda y querer trasladarse a Colpensiones radica en la diferencia del monto pensional que recibiría. Acepta que le llegaban los extractos, pero no los comprendía. Y no se trasladó a Colpensiones antes de estar inmersa en la prohibición legal de los 10 años, porque desconocía que lo podía hacer.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colmena, hoy 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 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).

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. *«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, 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).

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación, para declarar únicamente la ineficacia de traslado, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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, la AFP Porvenir S.A. 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 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).

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, 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 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).

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.

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 Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de septiembre de 2023, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia 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.

TERCERO: ADICIONAR la decisión 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 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 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.

CUARTO: 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 de la 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 012 2021 00255 01
DEMANDANTE: MARÍA TERESA GÓMEZ VÁSQUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de diciembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado en junio de 1994 a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. y posteriormente a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó a las demandadas, el traslado a Colpensiones de todos los aportes recibidos por su afiliación, costas y agencias en derecho y lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de agosto de 1963; inició su vida laboral el 11 de mayo de 1983, cotizando al Instituto de Seguros Sociales a través de sus empleadores, por un total de 230 semanas hasta junio de 1994, fecha en la cual firmó formulario de afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. Afirma que no recibió

asesoría de esta AFP, no se le informaron las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez, fecha de redención de su bono pensional, diferencia en la distribución de las cotizaciones, o inconveniencia de trasladarse en su caso particular; no se le entregó el Reglamento de Funcionamiento de la AFP, y su decisión de vinculación no estuvo precedida de la comprensión suficiente o del real consentimiento para adoptarla. Se trasladó entre administradoras vinculándose a Porvenir S.A. el 27 de julio de 2003, entidad que no le informó sobre la posibilidad de trasladarse con anterioridad al cumplimiento de 47 años de edad. Informa que ha cotizado un total de 1588 semanas al sistema de pensiones y, que solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, con copia a las otras demandadas, obteniendo respuesta negativa y, ratificándose la validez de la afiliación por parte de Protección S.A. (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 10).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, las cotizaciones al ISS, la solicitud de traslado de régimen y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las 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. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad y; que no se configuró vicio del consentimiento (expediente digital, archivo 10 fls. 2 a 12).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó de manera informada, libre de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con la vinculación a varias administradoras de

fondos de pensiones privadas; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 09 fls. 2 a 25).

La AFP Protección S.A. rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a esta AFP, la copia de la solicitud presentada ante Colpensiones y, el pronunciamiento sobre la validez de la afiliación. 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 declarables de oficio. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, brindando una asesoría completa, clara y comprensible; la demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información de la afiliada (expediente digital, archivo 08, fls. 3 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 5 de diciembre de 2022 (expediente digital, archivo 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora MARÍA TERESA GÓMEZ VÁZQUEZ identificada con C.C. No. 28.495.748 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de junio de 1994, conforme a lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora MARÍA TERESA GÓMEZ VÁZQUEZ al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA TERESA GÓMEZ VÁZQUEZ, 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 C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme lo expuesto en esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la accionante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta, es decir a Colmena y a ING, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA TERESA GÓMEZ VÁZQUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR 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.

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

Como sustento de su decisión, señaló que no se acreditó que al momento del traslado el actor recibió información adecuada al momento del traslado por ello no tenía posibilidad de conocer las ventajas y desventajas de su decisión, así las cosas, su consentimiento no fue informado, derivando así en la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones manifestó que a la accionante no le asiste derecho a retornar al régimen de prima media, por encontrarse dentro de la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, por lo que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Asimismo rechaza la condena en costas, toda vez que ha actuado bajo los parámetros legales que le corresponden y haciendo el uso de la línea de defensa judicial estipulada en la mencionada ley.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena en atención al deber de información que recae en cabeza de la demandante; y en lo referente a la indexación, pues afirma que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generado en los emolumentos a retornar.

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

Se encuentra demostrado en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de mayo de 1983 al 10 de junio de 1994 (expediente digital, archivo 01 fl. 23 a 24), fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Cesantías y Pensiones Colmena, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación (expediente digital, archivo 08 fl. 37); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Porvenir S.A., a partir del 25 de julio de 2013 (expediente digital, documento 09, fl. 43 a 61).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para junio de 1994, ella estaba trabajando en una empresa que se llama jardinería y de Colmena fueron a la empresa a presentar la opción de trasladarse a esa AFP; se hizo un traslado masivo de empleados, dentro de los que ella estuvo, reunión que fue de carácter voluntaria. Afirma que no le explicaron algo al respecto; no recuerda haber hecho preguntas, ni leer el formulario; manifiesta que no era consciente de estar cambiándose de régimen. Respecto de la afiliación con Porvenir en el año 2003, indica que los asesores fueron a la oficina para proponer el traslado y aceptó, pero realmente en ese momento nunca tuvo información completa de qué se trataba; no recuerda haber hecho preguntas, simplemente firmar el formulario; el asesor no le informó cuáles eran los requisitos para obtener

la pensión de vejez, ni sobre aportes voluntarios; lo único que supo al respecto de pensiones voluntarias fue en la oficina que supo que tenía la opción de hacer aportes a pensión voluntaria o por unos bonos que eran parte del salario, pero no era consciente y nunca le informaron que eso era parte de la pensión. El formulario de afiliación lo diligenciaban los asesores y ella firmaba. No fue informada respecto de la diferencia de aportes entre Colpensiones y Porvenir, ni le indicaron sobre las consecuencias de no cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de vejez con Porvenir, tampoco conocía los de Colpensiones. Fue a Porvenir antes de cumplir 57 años, para averiguar y le dijeron que su pensión sería de un salario mínimo. Manifiesta que quiere retornar a Colpensiones porque el monto de su pensión podría ser mejor. Nunca solicitó el formulario de afiliación a Colpensiones, porque nunca lo tuvo en cuenta. Nunca ha hecho reclamación a las AFP acerca del manejo de sus aportes.

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 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 Protección 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).

Por ello, la sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaro la ineficacia de la afiliación para declarar la ineficacia del traslado, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de cambio del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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. *«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).

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, la AFP Porvenir S.A. administradora 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 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).

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, 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 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 modificada 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).

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.

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.

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.

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 el por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C el 5 de diciembre de 2022 para en su lugar disponer la ineficacia del traslado efectuado por el demandante conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión de primera instancia 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, 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.

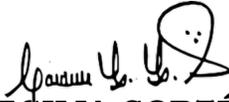
TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la decisión de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas 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 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.

CUARTO: 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 de la 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 13 2021 00039 01
DEMANDANTE: GLADYS GUINEA HERNÁNDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La 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. y los sucesivos traslados horizontales a Colfondos, Porvenir y Protección. En consecuencia, se condene a la AFP Protección trasladar a Colpensiones lo ahorrado en cuenta individual: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con frutos, intereses y rendimientos, sin descuento por pago de mesadas pensionales que se hayan o llegaren a efectuarse. A Porvenir, Colfondos y Protección a devolver las sumas descontadas por gastos de administración debidamente

indexados. A Colpensiones a recibirla, junto con sus aportes. Asimismo, se disponga a las demandadas a 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 cotizó a prima media desde julio de 1983 hasta septiembre de 1994. En octubre de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, luego cambió horizontalmente a Colfondos, retornó a Porvenir y finalmente se vinculó a Protección. Adujo que los asesores de las AFP no le informaron sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, no le hicieron proyecciones, ni le ilustraron sobre la posibilidad de retornar a prima media (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 20, subsanación archivo 11 fls. 11 a 17).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la afiliación a ese fondo en 1994 y el retorno en 2006. De los demás hechos dijo no constarle o no ser ciertos. 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. Para enervar las pretensiones, 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, no hizo uso del derecho de retracto, a más permaneció vinculada por un largo periodo en el que no manifestó inconformidad alguna y por el contrario adelantó actos de relacionamiento (expediente digital, archivo 17 fls. 1 a 27).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió que la demandante realizó aportes al ISS y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia por no agotarse la vía gubernativa y las de mérito de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y las demás declarables oficiosamente. Para

enervar las pretensiones, señaló que la actora está inmersa en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 31 fls. 1 a 21).

Al contestar la AFP Protección rechazó el éxito de las pretensiones. Admitió las cotizaciones efectuadas al fondo. De los demás hechos dijo no constarle o no ser ciertos. 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, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la acción por falta de causa»* ratificación de permanecer afiliada al RAIS al firmar el formato de afiliación con varias AFP de acuerdo a la sentencia SL 3752 y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses indicó que siempre actúa al amparo de la legalidad y buena fe, por tanto todos sus afiliados se han vinculado de manera libre y voluntaria materializada con la suscripción del formulario de afiliación (archivo 24, fls 1 a 28).

Al dar respuesta Colfondos rechazó la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la promotora. Dijo que los hechos restantes no le constan. 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 oficiosamente. En defensa de sus intereses señaló que cumplió con las formalidades previstas en la ley para la vinculación de la accionante, quien es una persona plenamente capaz que exteriorizó su voluntad con la suscripción del formulario. Expuso que acató todos los

parámetros previstos en el ordenamiento jurídico vigente para la época (expediente digital, archivo 42 fls. 3 a 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de noviembre de 2022 (documento 52), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la demandante Gladys Guinea Hernández identificada con cedula de ciudadanía 51.763.045 a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 20 de septiembre de 1994, y de contera en los demás traslados horizontales realizados por la demandante a las demás AFP aquí demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir, Colfondos y Protección a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, con la que cada una cuente en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. incluyendo como agencias en derecho en esta instancia la suma de un millón de pesos en favor de la señora demandante.

SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, REMITASE el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SÉPTIMO: Por secretaria REMITASE copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento del traslado o de los cambios horizontales información clara y completa y con ello faltó a su deber de asesoría y transparencia lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado, pues la simple suscripción del formulario de vinculación no cumple tal finalidad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que la demandante se encuentra incurso en prohibición legal para retornar a prima media. Arguyó que para el momento de traslado las AFP estaban obligadas a brindar información clara que ilustraran a la posible afiliada sobre sus posibles expectativas, por tanto no es dable exigir proyecciones que no podían adelantarse para la época. A más no pueden exigirse requisitos adicionales que fueron incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad al cambio. Alegó que las sumas que se ordena trasladar no cubrirían el pago de una pensión, por tanto, se atenta contra el equilibrio financiero. Señaló que la actora permaneció vinculada por un largo periodo en el cual no manifestó inconformidad alguna.

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

De conformidad con el reporte expedido por Colpensiones, se extrae que la actora se afilió el 4 de julio de 1983 (expediente digital carpeta 20. fls 1 a 4) Luego, migró al RAIS, a través de la administradora AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir el 20 de septiembre de 1994 (expediente digital, documento 17, fl. 53) 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 LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE s.a. PARA QU ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD DON VERDADEROS.

Luego, el 1 de noviembre de 2.000, se trasladó a Colfondos, el 1 de marzo de 2006 a Horizonte, en noviembre 1 de 2012 a ING S.A., y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A. (archivo 24, fl 52).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que para época del traslado prestaba servicios a Granahorrar allí llegaron asesores de Horizonte y les informaron que era pertinente migrar al régimen privado porque el ISS se iba a acabar. Señaló que el traslado de suyo y de sus compañeros, se hicieron en masa, como parte de una campaña comercial, solo les dijeron que iban a obtener rendimientos, pero no les explicaron las características del régimen, sus ventajas y desventajas. Aseguró que no le preguntaron, ni explicaron nada sobre su situación pensional, solamente le pidieron sus datos personales. Dijo que no se enteró que el ISS hubiera continuado existiendo. Admitió no haber solicitado información. Indicó que se trasladó horizontalmente porque le ofrecieron mayor rentabilidad y que únicamente constituyó un fondo de pensión voluntaria para enviar una parte de los recursos que le fueron cancelados como parte de la liquidación y terminación del contrato laboral. Señaló que conoció sobre la importancia de la rentabilidad de la cuenta con posterioridad al año 2012.

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), tampoco el cambio horizontal entre administradoras de fondos.

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP Horizonte hoy Porvenir 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)

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, Protección S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la promotora del juicio 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 ello, la sentencia será modificada en esta parte. Y adicionada para indicar que 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 Colfondos y Porvenir., 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).

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 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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de noviembre de 2022, el que quedará del siguiente tenor ORDENAR a Protección 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 discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. CONDENAR a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir 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.

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.

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.



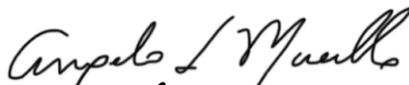
CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

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 2021 00051 01
DEMANDANTE: ALFREDO PRADA CONTRERAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 26 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El 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 S.A. y válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP devolver a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual. A la última a reactivar la afiliación, actualizar y corregir la historia laboral. 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 12 de enero de 1956 y cuenta con 55 años de edad. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP

Porvenir en septiembre de 2.000, sin recibir previamente información sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio, las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional tal decisión (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 19).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió el natalicio del actor. 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 18, fl. 1 a 8).

La AFP Porvenir S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó la fecha de nacimiento del actor y su edad. Manifestó no ser ciertos o no constarle 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 cumplió con las formalidades establecidas en la ley para el momento en que se concretó el traslado (expediente digital, archivo 33, fls. 1 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de octubre de 2022 (expediente digital, archivo 37), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante Alfredo Prada Contreras del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 20 de septiembre del año 2000 a través de la AFP Porvenir y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicha AFP traslade los recursos que obran en la cuenta de ahorro individual, correspondientes, aportes, rendimientos financieros y si ya obra el bono pensional a la administradora de fondos de pensiones del régimen de prima media Colpensiones. a esta que reciba estos recursos, reactive la afiliación en que en alguna oportunidad tuvo el señor demandante y los acredite 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 de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones se remitirán las diligencias al superior para efecto de que

la revise del grado jurisdiccional de consulta el Honorable Tribunal Superior de Bogotá.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó al 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 solicitó 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.

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 el actor.

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 diciembre de 1988 (expediente administrativo,

archivo historia laboral). Migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 20 de septiembre del 2000, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 33 fl. 34), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ESTE, PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, BONOS PENSIONALES, Y LAS IMPLICACIONES DE LA DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR S.A. PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN 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) DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Al absolver el interrogatorio de parte, la demandante señaló que siempre se ha desempeñado como servidor público, para la época del traslado le ofrecieron empleo en la ciudad de Tunja, allí llegaron asesores y comunicaron que los fondos públicos iban a ser liquidados, por tanto, debía trasladarse. Refirió que, a partir del 2013, personas contemporáneas suyas empezaron a socializar que la pensión que les correspondió en el RAIS era inferior a aquella que hubieran obtenido en prima media, por tal motivo decidió instaurar la demanda, pues no podía hacerlo directamente por estar incurso en prohibición legal. A más porque un amigo contador le informó que en Colpensiones su prestación sería incluso 4 veces superior. Adujo que los asesores no le explicaron las características del régimen, que firmó el formulario sin leerlo y apenas proporciono sus datos y los de sus beneficiarios quienes podrían heredar la pensión. Admitió que ha recibido extractos.

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 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, Porvenir 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 26 de octubre 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 Porvenir 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. Ordenar a Colpensiones a reactivar la afiliación, recibir los recursos y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en prima media.

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

015 2021 00051 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 022 2019 00065 01.
DEMANDANTE: EDGAR ALFONSO ROJAS AGUDELO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Visto el memorial de sustitución de poder allegado en esta instancia por la apoderada general de la parte demandada (folio 5 y ss), se tiene como apoderado judicial de Colpensiones al Dr. NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ identificado con Cedula de ciudadanía No. 1.018.463.893 y T.P. No. 302.039 del C.S. de la J.

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de abril de 2022.

ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a Colpensiones para que se declare que: *i)* se debe tomar como semanas cotizadas el tiempo laborado al servicio de la empresa Manufacturas de Cuero La Corona S.A.; o de manera subsidiaria, se condene a recibir del actor el pago del cálculo actuarial por dicho tiempo; *ii)* que es beneficiario del régimen de transición; *iii)*, que cumplió los requisitos del acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez y; *iv)* que debe recibir el pago del cálculo actuarial por el tiempo laborado como trabajador independiente.

En consecuencia, sea condenada a *i)* rehacer la historia laboral, incluyendo el tiempo laborado con La Corona y como independiente; *ii)* al reconocimiento de la pensión de vejez debidamente indexada, con el 90% de la tasa de reemplazo, el ingreso base de cotización por todo el tiempo cotizado o el promedio de los últimos 10 años, desde el 7 de junio de 2014; *iii)* a reliquidar la pensión de vejez a partir del 7 de junio de 2014, debidamente indexada; *iv)* al pago de intereses moratorios o en subsidio el valor de las condenas debidamente indexadas; *v)* lo ultra y extra petita y *vi)* las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró en síntesis, que nació el 7 de octubre de 1950, por lo que al 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad, cumpliendo los 60 años de edad el 7 de octubre de 2010, fecha para la cual tenía cotizados 7499 días, equivalentes a 1071.28 semanas, toda vez que trabajó así: *i)* en la Armada Nacional durante 437 días, pues prestó servicio militar del 21 de julio de 1970 al 30 de septiembre de 1971; *ii)* para manufacturas de Cuero La Corona S.A. del 1 de febrero al 22 de diciembre de 1978, por 325 días; no obstante, esta empresa no lo inscribió para los riesgos de IVM al Seguro Social obligatorio, ni efectuó la conmutación pensional; *iii)* para la empresa Productora Hierro y Acero S.A. del 17 de enero al 31 de diciembre de 1979, por 349 días; y *iv)* como trabajador independiente del 19 de junio de 1992 al 30 de octubre de 2016; no obstante, no aparecen en el sistema las cotizaciones efectuadas entre el 1 de enero y el 30 de septiembre de 1999 en esta calidad y, perdió sus comprobantes de pago.

Indica que el empleador manufacturas de cuero La Corona S.A. no existe en la actualidad; por lo que debe aplicarse la Circular 03 de 2012, toda vez que al sumarle los tiempos allí trabajados y, las semanas cotizadas como independiente, sin tener en cuenta el servicio militar, tenía 758.51 semanas de cotización al 25 de julio de 2005, fecha en que entró en vigencia el acto legislativo 01, conservando el régimen de transición.

El 7 de junio de 2014 solicitó la prestación, la cual fue negada por Resolución GNR 393051 del 11 de noviembre de 2014, por contar solamente con 7992 días equivalentes a 1.141 semanas, y no cumplir con

los requisitos mínimos establecidos en la Ley 797 de 2003; decisión contra la cual interpuso los recursos de ley, siendo confirmada por resoluciones GNR 35305 de febrero de 2015 y VPB 20292 del 3 de mayo de 2016, y conminándolo a seguir cotizando hasta completar 1.300 semanas de aportes; induciéndolo a error, pues ya cumplía los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pero, se le desconoció el tiempo de la Armada Nacional y el tiempo con La Corona, con los cuales completaba 781.94 semanas para conservar el régimen de transición.

El 19 de marzo de 2015, solicitó se le permitiera hacer el pago de las cotizaciones dejadas de pagar por su empleador, lo cual fue negado por no existir afiliación de ese empleador. El 24 de julio de 2015 y, el 19 de septiembre de 2016, solicitó nuevamente la prestación, la cual le fue reconocida mediante Resolución GNR 328123 del 3 de noviembre de 2016, liquidada con el 63.33% del IBC. En dicha resolución, se desconoce el valor del salario mínimo correspondiente al tiempo laborado en la Armada y, no se indexan los demás salarios. Contra la decisión se interpusieron los recursos de ley solicitando la reliquidación, la cual fue negada, quedando agotada la vía gubernativa. Solicitó su expediente administrativo y presentó reclamación administrativa el 29 de noviembre de 2018 (fls. 91 a 106).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, que contaba con más de 40 años de edad al 1 de abril de 1994, que prestó el servicio militar, laboró para la empresa Productora de Hierro y Acero en las fechas indicadas, que realizó aportes como trabajador independiente aclarando que fue de manera interrumpida; lo atinente a la circular 03 de 2012 aclarando que no se refirió a procesos de liquidación o insolvencia; la solicitud de reconocimiento de la pensión en el 2014, la resolución negativa por no cumplir los requisitos mínimos de semanas, los recursos interpuestos, las decisiones que confirman la negativa; la solicitud del actor de pagar las cotizaciones dejadas de cancelar por su empleador, la negativa a esta petición por no existir afiliación; la solicitud de la prestación del 19 de septiembre de 2016, el reconocimiento de la pensión de conformidad con la ley 797 de 2003, los recursos interpuestos en

contra de esta decisión y la solicitud del expediente administrativo a Colpensiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Argumento que, no es posible tener el periodo argüido por el actor como trabajado con un empleador respecto del que nunca existió afiliación, sin que se le pueda endilgar culpa alguna por la negligencia u omisión por pago de aportes en caso de probar la existencia de un contrato laboral y, respecto de los cálculos actuariales, manifestó que no son producto de una obligación pendiente de pagar a cargo del empleador, como quiera que no se reportó novedad de ingreso (fls. 113 a 131).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de abril de 2022, negó las pretensiones del demandante, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido y gravó a la parte demandante con las costas del proceso.

Como sustento de su decisión, manifestó que el demandante no consolidaba 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005, perdiendo el régimen de transición; que si bien allega certificación laboral por el tiempo trabajado con Cueros La Corona, no se acredita su afiliación al sistema general de pensiones por lo que esas cotizaciones no pueden incorporarse al conteo definitivo para efectos de la pensión, sin que pueda trasladarse la obligación a Colpensiones, quien no tenía facultad de recobro al no existir afiliación; finalmente, respecto del pago de las semanas dejadas de cotizar como trabajador independiente, no podían ser tenidas en cuenta ni permitir que con posterioridad los sufragara para

sumarlos a su historia laboral, pues la circular 003 no es aplicable al caso concreto frente a cotizaciones no realizadas por trabajadores independientes al sistema.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante solicitó revocar la decisión, en razón a que considera que sí existe una prueba contundente contra Colpensiones y, es la afiliación que efectuó un empleador cuyo número es 1070161 hecha el 18 de noviembre de 1971; que la circular 003 para el tiempo trabajado con La Corona sí aplica porque el empleador ya está desaparecido, y la jurisprudencia ordena tener en cuenta esos tiempos laborados y no cotizados por empresa, así hayan desaparecido, para resolver el derecho, por lo que debió ordenarse a Colpensiones reliquidar el cálculo actuarial de ese empleador, para que el actor lo pague y, consecuentemente, reliquidarle la pensión en los términos del acuerdo 049 de 1990, por resultar beneficiario del régimen de transición.

CONSIDERACIONES

Es verdad probada que el demandante nació el 7 de octubre de 1950, cumpliendo la edad de 60 años, en el mismo día y mes del año 2010, como se desprende de su cédula de ciudadanía (fl. 4), así como su registro civil de nacimiento (fl. 5).

Colpensiones mediante Resolución GNR 328123 del 3 de noviembre de 2016, le reconoció pensión de vejez al actor, a partir del 1 de noviembre de 2016, en cuantía inicial de \$1'897.816, al amparo de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (fl. 54 a 60); al resolver recurso de reposición, por Acto Administrativo GNR 381772 del 16 de diciembre de 2016, reliquidó la prestación, en cuantía inicial de \$1'904.007, decisión confirmada por Resolución VPB 4870 del 6 de febrero de 2017 (fl. 68 a 79).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala definir si el promotor del juicio tiene derecho a que se le incluyan las semanas laboradas para

manufactura de Cueros La Corona S.A. y, en consecuencia, si es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Del régimen de transición.

Sea lo primero precisar que, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollaran dicho régimen, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de tal acto, a los cuales se les mantendría el régimen de transición hasta el año 2014.

En el presente caso, el demandante en principio era beneficiario del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, ya que, para la entrada en vigencia de dicha normativa, tenía más de 40 años de edad, como quiera que nació el 7 de octubre de 1950, por lo que cumplió 60 años de edad el 7 de octubre de 2010, esto es, de manera posterior al 31 de julio de 2010. Así las cosas, el requisito de cotizaciones por 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser acreditado por el actor para mantenerse como beneficiario del régimen de transición.

Del reporte de semanas cotizadas en pensiones, actualizado al 6 de octubre de 2014 (fl 12 a 19) se pudo establecer que para el 25 de julio de 2005, el demandante había cotizado 730.63 semanas, incluido el tiempo servido a la Armada Nacional entre el 21 de julio de 1970 y el 30 de septiembre de 1971. En esas condiciones, el régimen de transición para el demandante, no se extendió hasta el año 2014.

Bajo este entendido, pretende el actor que se le tome en consideración las semanas correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de febrero y el 22 de diciembre de 1978, por 325 días, tiempo con el

que completaría 777 semanas de cotización para julio de 2005; pues señala en la demanda que prestó sus servicios por tal periodo al empleador Manufacturas de Cuero La Corona S.A., para efecto de lo cual allega certificación expedida por Manufacturas de cuero “La Corona” S.A., el 16 de enero de 1979, en donde indica que el actor trabajó en esa empresa del 1 de febrero al 22 de diciembre de 1978, desempeñando el cargo de asesor en el área de programación, planeamiento y control de producción (fl. 11).

No obstante, lo anterior, no es posible tener en cuenta como semanas en mora, un periodo en el cual no fue reportada la existencia de la relación laboral, pues no existe en el plenario prueba siquiera de la afiliación del accionante por parte del empleador en mención, y se advierte, que desde la demanda se indicó que esta empresa no lo inscribió para los riesgos de IVM al Seguro Social obligatorio, ni efectuó la conmutación pensional (hecho 6 del libelo).

Y aunque en criterio de la Sala los afiliados no deben asumir las consecuencias negativas del actuar omisivo de los empleadores al no efectuarle el pago de cotizaciones, ni el de las administradoras al no desplegar los trámites necesarios para obtener del empleador incumplido el pago de los aportes; en este caso en particular no hay lugar a dar aplicación a dicho criterio como quiera que el empleador Manufacturas de Cuero La Corona S.A., nunca informó la existencia del vínculo laboral a la administradora demandada, la que en consecuencia, no estaba obligada a adelantar las acciones de cobro, ni puede endilgársele conducta omisiva alguna que acarree el reconocimiento de la prestación al demandante.

Frente al particular, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, *“corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo”*.

Conforme a las pruebas allegadas al proceso, resulta claro que la parte accionante no demostró que habiendo prestado sus servicios a

Manufacturas de Cuero La Corona S.A., esta hubiera reportado la afiliación al entonces Instituto de Seguros Sociales, y en consecuencia, tal entidad estuviera llamada a realizar acciones de cobro. Por tanto, Colpensiones no incumplió deber alguno, pues, al desconocer el vínculo entre el actor y su empleador no podía adelantar ninguna acción de cobro.

Conviene recordar, que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas distintas, en el primer evento las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que en el segundo la entidad de seguridad social respectiva debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo del empleador.

Ahora bien, respecto del argumento del recurrente referente a que sí existe una prueba contundente contra Colpensiones y, es la afiliación que efectuó “un empleador” cuyo número es 1070161 hecha el 18 de noviembre de 1971, debe la Sala precisar que, si bien es cierto fue allegada con el expediente pensional, una tarjeta de identificación del ICSS con fecha de inscripción: noviembre 18 de 1971 (folio 2, Archivo 002. CD Folio 62 Exp. Pensional Colpensiones-Exp.022-2019-00065), lo cierto es que de dicho documento no puede inferirse que la afiliación corresponda a la relación laboral echada de menos con la empresa manufacturas de Cuero La Corona S.A.; máxime si se tiene en cuenta, que el contrato que se busca ocurrió en el año 1978, periodo muy posterior a la afiliación que se indica en el documento con el que se pretende probar.

Del cálculo actuarial a cargo del actor

Argumenta la parte demandante que debe ordenarse a Colpensiones reliquidar el cálculo actuarial del empleador manufacturas de Cuero La Corona S.A. por el periodo comprendido entre el 1 de febrero al 22 de diciembre de 1978, para que el actor lo pague en los términos de la circular 003, toda vez que el empleador ya está desaparecido y la jurisprudencia (Sentencia SL 3081 de 2020, Rad. 72248) ordena tener en

cuenta esos tiempos laborados y no cotizados por empresa, así hayan desaparecido, para resolver el derecho.

Pues bien, la referida Circular interna de Colpensiones 003 de 2012, establece:

“PROCEDENCIA DEL PAGO POR PARTE DEL **AFILIADO** DE APORTES NO REALIZADOS POR UN EMPLEADOR DESAPARECIDO.

De acuerdo a lo consagrado en el Decreto 2665 de 1988, los trabajadores dependientes que por razón de la mora en el pago de los aportes por parte del empleador no alcanzaron a cumplir con el requisito de tiempo cotizado para adquirir las pensiones de vejez o invalidez, tienen la posibilidad de cancelar el valor correspondiente a los aportes en mora con sus respectivos intereses, a fin de cumplir los requisitos señalados en la ley para adquirir dichas prestaciones.

La realización de los pagos en comento es de carácter voluntario, **al ser sólo una opción que tiene el afiliado** de completar los tiempos de cotización requeridos por la ley, evitando perder una prestación económica por el incumplimiento de las obligaciones de un tercero, razón por la cual sólo procede cuando:

1. El empleador incumplido ha desaparecido al momento de elevarse la solicitud del reconocimiento de la pensión de vejez, de jubilación o de invalidez, y no tenía el carácter de entidad pública.

2. Por falta de dichas cotizaciones en su Historia Laboral, el **afiliado** pierde el derecho a la pensión de vejez o de invalidez.” (Negrillas de la Sala)

Pues bien, para casos como el que ahora nos ocupa, no puede darse a la referida circular la aplicación pretendida por el actor, pues las reglas parten del hecho de que exista una afiliación del trabajador a cargo de un empleador determinado, para que con ello, se puede desprender la obligación de responder por los riesgos de seguridad social (IVM) frente al afiliado, sin que pueda extenderse a una persona de quien se desconoce el vínculo contractual laboral, y que no le era posible intuirlo a la aseguradora para adelantar las gestiones de cobro en su oportunidad; por lo que, al no ser conocedora de la relación que daba lugar a dicha afiliación, mal podría ahora imputársele responsabilidad de tener ese periodo en cuenta.

Recuérdese que la recuperación de semanas es un proceso que da la posibilidad a los **afiliados** a Colpensiones de recuperar tiempos de cotización ante el incumplimiento de un empleador que ha desaparecido, ya sea porque fue liquidado o declarado insolvente y registra deuda por no pago de los aportes generados en la historia laboral del trabajador, u otras circunstancias, pero ello no incluye de manera alguna, a quienes no tienen esa calidad de afiliados respecto del empleador de quien se pretende la recuperación.

En este orden de ideas, no es posible como pretende el demandante, reliquidar la pensión que viene disfrutando, teniendo en cuenta cotizaciones del periodo comprendido entre el 1 de febrero al 22 de diciembre de 1978, en el que argumenta se encontraban a cargo del empleador manufacturas de Cuero La Corona S.A., dado que no se encuentra demostrada la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o que en su defecto haya concurrido con el pago del referido cálculo actuarial, siendo necesario este periodo para mantener el régimen de transición.

Finalmente, cumple precisar que, para el sub lite no puede darse aplicación a la sentencia DL 3081 de 2020 argüida en su recurso, toda vez que en aquella oportunidad se trataba de periodos **en mora** a cargo de los empleadores, concluyendo que debían tenerse en cuenta en el cómputo de las semanas para la pensión, por cuanto la entidad administradora no demostró haber adelantado las acciones de cobro, de conformidad con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, situación que como se ha venido explicando a lo largo de esta providencia, difiere del caso que nos ocupa, al no haberse probado aquí una afiliación por el periodo y empleador reclamado.

Bajo las consideraciones aquí expuestas, encuentra la Sala que el accionante no cumplió los requisitos para conservar el régimen de transición y, en tal sentido, su prestación por vejez debía liquidarse conforme a las normas vigentes para la fecha en que adquirió el derecho, esto es, la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, tal como lo hizo Colpensiones. En consecuencia, advirtiendo que no fue objeto de

reparo algún otro argumento tenido en la sentencia de primera instancia para negar las pretensiones, no hay razón para revocar la decisión del *a quo*.

No se causan costas en la instancia.

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 19 de abril de 2022 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan 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 023 2022 00118 01
DEMANDANTE: LUIS MAURICIO BONILLA FIQUE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil Veintitrés (2023).

SENTENCIA

En grado jurisdiccional de consulta se estudia la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., del 18 de noviembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare *«la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado»* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A. y válidamente vinculada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes girados como cotizaciones, bonos pensionales y gastos de administración más la disminución del capital financiero y en el evento que se haya reconocido la pensión continuar pagándola mesada pensional hasta que sea incluido en nómina en prima media. Así mismo, 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, comenzó a cotizar en prima media el 14 de abril de 1986. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Davivir hoy Protección el 24 de noviembre de 1997. Adujo que el fondo, previo a la

vinculación no le informó sobre las 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, pues únicamente se limitó a diligenciar el formulario. Señaló que en Colpensiones obtendría como mesada pensional \$1.640.759, entre tanto en el RAIS apenas será de \$908.527. Indicó que la AFP no le hizo entrega de documentos de afiliación y esta y Colpensiones (2 a 38).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Manifestó que los demás 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, 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. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor no acredita los supuestos legales para que se declare ineficacia o nulidad del traslado, en adición no es beneficiario del régimen de transición y está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad, hecho insuperable pues no contaba con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994 y para el momento apenas tenía una mera expectativa la cual carece de amparo (expediente digital, archivo 04 fls. 1 a 18).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la petición de documentos correspondientes a la afiliación al RAIS, la solicitud de anulación de traslado, que los fondos no la tramitaron y la actual afiliación a esa AFP. Dijo que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y el 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 nulidad 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 buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues su actuación ha estado precedida de buena fe y acatando la legalidad, a más cumplió con la obligación de información en los términos establecidos para la fecha del traslado (expediente digital, documento 05 fls. 3 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de del 18 de noviembre de 2022 (expediente digital, documento 12), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante Luis Mauricio Bonilla Fique, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a lo considerado.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia que estamos hoy declarando, de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se ordena la evolución de gastos de administración prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado a la Garantía de Pensión Mínima, dineros que se deben cancelar debidamente indexados desde la fecha de su causación a la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir al señor demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubieses retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral conforme las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas

QUINTO: COSTAS a cargo de la AFP Protección S.A.

SEXTO: SE ORDENA la consulta de la sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber ocupado brindado al actor asesoría idónea en lo atinente a las consecuencias del cambio de régimen pensional, por lo que procede acceder a la ineficacia deprecada, por falta de información al momento del traslado.

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, también 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.

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.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 14 de abril de 1982 (expediente digital, documento 5, fls 45 a 50), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Davivir S.A. hoy Protección S.A. el 24 de noviembre de 1997, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 5, fl. 56,), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó el 1 de enero de 1998 a ING y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado un asesor de la AFP Davivir, le prometió que los aportes ya cotizados serían trasladados y que esto le resultaba más conveniente, pues el Instituto de Seguros Sociales se acabaría. A más, que al trasladarse se pensionaría a los 50 años, con una mesada superior, pues ganaría rendimientos y que los recursos de la cuenta individual eran heredables. Dijo que suscribió el formulario, pero no lo leyó porque le bastó con la explicación general que le dieron. Admitió que recibe extractos; no obstante, desconoce las condiciones en las cuales se pensionaría.

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 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. Por ello la Sala modificará la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación inicial al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta al deber de información al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 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 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), por tanto la sentencia será adicionada.

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 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de abril de 2022, en el sentido de indicar que 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 para 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.

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 27 2019 00427 01
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR RODRÍGUEZ REINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero 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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de noviembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia «*la nulidad de la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a la AFP Protección a liberarla de su base de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con frutos, intereses y rendimientos. A Colpensiones a registrar, activar su afiliación, y actualizar su historia laboral. Asimismo, se disponga a las demandadas a 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 30 de agosto de 1966, cotizó a prima media hasta enero de 1997 cuando se trasladó al RAIS a través de la AFP Invertir hoy Porvenir S.A., luego cambió horizontalmente a Protección en enero de 2004. Adujo que los asesores de la AFP le informaron que el ISS se liquidaría por tanto sus aportes estaban en riesgo, entre tanto al cambiarse obtendría una mesada superior, pero no le explicaron cómo se materializaría, pues no le informaron sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas y menos sobre la posibilidad de retornar a prima media antes de cumplir 47 años, pese a que si advirtió a otros afiliados. Informó que en el RAIS obtendría una mesada de \$1.673.040. Expuso que fue rechazada la solicitud de retorno a prima media (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 28).

Al contestar la AFP Protección rechazó el éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la petición de nulidad. De los demás hechos dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva y las de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la acción por falta de causa»* y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses indicó que siembre actúa al amparo de la legalidad y buena fe, por tanto todos sus afiliados se han vinculado de manera libre y voluntaria materializada con la suscripción del formulario de afiliación (archivo, fls 172 a 198).

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. Para enervar las pretensiones, 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, no hizo uso del derecho de retracto, a más permaneció vinculada por un largo periodo en el que no manifestó inconformidad alguna y por el contrario adelantó actos de relacionamiento (expediente digital, archivo 01 fls. 291 a 311).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al RAIS a través de Invertir, el cambio a Protección y la petición de retorno a prima media. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, señaló que la actora está inmersa en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 01 fls. 329 a 358).

En audiencia celebrada el 10 de junio de 2021, se declaró probada la excepción de falta de integración del litis consorcio necesario y se ordenó vincular al contradictorio a Colfondos (archivo 11). Al contestar la AFP rechazó la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la promotora. Dijo que los hechos restantes no le constan. 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 nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inexistencia de intereses moratorios y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses señaló que cumplió con las formalidades previstas en la ley para la vinculación de la

accionante, quien es una persona plenamente capaz que exteriorizó su voluntad con la suscripción del formulario (archivo 12 fl 1 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de noviembre de 2022 (archivo 26, documento 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora María Del Pilar Rodríguez Reina del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. efectuado el 29 de marzo de 1995 y el que posteriormente efectuó por Colfondos S.A. el 28 de enero de 2.000, a Protección S.A. el 28 de marzo de 2003, el 10 de mayo de 2010 y el retorno a Porvenir S.A. el 7 de julio de 2002 por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora María Del Pilar Rodríguez Reina, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Colfondos Pensiones y cesantías a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes con cargo a sus propios recursos conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a afiliarse nuevamente a la señora María Del Pilar Rodríguez Reina al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las sumas provenientes de de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos Pensiones y Cesantías y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a Protección S.A., Colfondos S.A., y Porvenir S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$800.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento del traslado o de los cambios horizontales

información clara y completa y con ello falto a su deber de asesoría y transparencia lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que no se demostró en el curso del proceso el supuesto engaño, por el contrario obra en el formulario de afiliación que materializa la voluntad de suscribirlo de manera libre y voluntaria, no presenta anotación de inconformidad u observaciones de presiones indebidas, por tanto, no se demostró la configuración de vicio del consentimiento alguno y la validez del acto jurídico no puede verse afectado. Sostuvo que la actora no hizo uso del derecho de retracto, permaneció vinculada por más de 27 años al RAIS y por tanto no le es dable ahora venir a alegar un supuesto engaño, el cual estando a su cargo, en todo caso no demostró.

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

De conformidad con el reporte expedido por Colpensiones, se extrae que la actora se afilió el 31 de marzo de 1986 (expediente administrativo,

carpeta 2. Luego, migró al RAIS, a través de la administradora AFP Invertir S.A. hoy Porvenir el 29 de marzo de 1995 (expediente digital, documento 01, fl. 40) 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 INVERTIR ORGANISMO COOPERATIVO PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Luego, el 1º de abril de 1997, se trasladó a Colpatria, el 1º de marzo de 2000 a Colfondos, en septiembre 1º de 2002 a Porvenir S.A., el 1º de enero de 2004 a ING y a partir del 1º de julio de 2010 y en adelante a Protección S.A. (ARCHIVO 1, fl 261)

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que es administradora de empresas, no es pensionada. Relató que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegó una asesora del fondo de pensiones Invertir le informó que el Seguro Social se acabaría, que sus aportes estaban en riesgo, por tanto, al trasladarse obtendría una pensión más alta y de forma anticipada, que podría retirar en cualquier momento sus aportes y que a su fallecimiento sus hijos podrían reclamar. Refirió que se trasladó entre administradoras porque cada una de ellas le indicaba que era más fuerte, que sus aportes tendrían mayor respaldo y que por ende su mesada sería superior.

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), tampoco el cambio horizontal entre administradoras de fondos.

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP Invertir hoy Porvenir 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)

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, Protección S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la promotora del juicio 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 ello, la sentencia será confirmada en esta parte. Y adicionada para indicar que 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 Colfondos y Porvenir., 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).

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 pensión.

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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de noviembre de 2022, en el sentido de ordenar a Protección 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 discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia analizada que quedará del siguiente tenor CONDENAR a las AFP Colfondos S.A. y Porvenir 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: 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.

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

QUINTO: 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
027 2019 00427 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 2021 00285 01
DEMANDANTE: MARÍA MARTHA PABÓN CASTAÑEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide del 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 10 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la *ineficacia de la afiliación* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de Porvenir S.A. y válidamente vinculada sin solución de continuidad a prima media. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar las cotizaciones, bonos, sumas adicionales, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados. A esta última a aceptar el traslado de recursos, actualizar la historia laboral y a reconocerle la pensión de vejez. Así mismo, a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más as costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de septiembre de 1963. Se afilió a prima media el 7 de febrero de 1986. Se trasladó al

RAIS el 18 de agosto de 1994 a través de Porvenir, empero el fondo no le informo las características, ventajas y desventajas de cada régimen y las consecuencias del traslado, tampoco sobre la posibilidad de retornar al ISS, ni le ofreció proyección de pensión alguna. Señaló que alcanzó los 57 años de edad el 6 de septiembre de 2020, el 19 de marzo elevó reclamación administrativa, pero Colpensiones guardó silencio (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 12).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. De los hechos dijo que 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 no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la accionante no ejerció el derecho de retracto, no obstante no expresó ninguna inconformidad en los más de 27 años de vinculación (expediente digital, carpeta 10, fls. 2 a 35).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa. 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, inexistencia del derecho, inexistencia de intereses moratorios y/o indexación, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio del sistema financiero, 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. Señaló que la 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 presente es obtener beneficios económicos por diferencia de la mesada pensional que recibiría y ello no es viable (expediente digital, carpeta 08, fls. 1 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de octubre de 2022 (expediente digital, documento 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora María Martha Pabón Castañeda al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de septiembre de 1994, esto por intermedio de la Sociedad 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, tal como se dijera en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos 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 concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora María Martha Pabón Castañeda quien se identifica con C.C. 36.554.425 a Colpensiones.

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

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la señora María Martha Pabón Castañeda, a partir de la fecha en que se acredite la desafiliación o cese las cotizaciones por parte de esta en el sistema general de pensiones debiéndose liquidar la prestación conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y las tasa de reemplazo conforme lo establece el artículo 34 del mismo cuerpo normativo,, que en todo caso no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Se reconocerá por 13 mesadas al año, junto con los reajustes e incrementos legales anuales; este retroactivo pensional a favor de la demandante de manera indexada conforme se dijo en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: AUTORIZAR a la demandada Colpensiones para que descuente en el porcentaje que en derecho corresponda, los aportes pertinentes y con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

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

SÉPTIMO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA están a cargo de las 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.

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

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado a la potencial afiliada información sobre las ventajas y desventajas que acarreaba el traslado de régimen pensional al momento de acogerla como su afiliada y la suscripción del formulario de vinculación no cumple tal finalidad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones apelo lo resuelto. Solicitó revocar la decisión al señalar que la demandante permaneció afiliada por un largo periodo y con ello exteriorizó una aceptación tácita de la vinculación al RAIS, a más no cumplió con sus deberes como consumidor financiero y no le es posible retornar a prima media únicamente por interés económico. De otra parte, puesto de presente que la entidad llamada a reconocer la prestación es aquella en la que la actora estuvo afiliada en los últimos 6 años, esto es la AFP. Finalmente rechazó la condena en costas, pues los recursos de las entidades de seguridad social no están destinados a cubrir estos fines.

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 Instituto de Seguros Sociales el 7 de febrero de 1986 (expediente digital, carpeta expediente administrativo, fls. 1 a 6), migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A. el 18 de agosto de 1994,

con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 10, fl. 84), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZÓ DE FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL REGIMEN 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 indicó que para la época del traslado en su lugar de trabajo se realizó una reunión y el Gerente de la regional sin darles información o comunicarles la finalidad les indicó que debían firmar unos formularios. Admitió que suscribió el documento, pero no lo leyó y especificó que se sintió presionada por su empleador, por el funcionario de Recursos Humanos, para firmar. Dijo que se acercó a la AFP y allí le informaron que no podía regresar a prima media en razón de la edad. Informó que recibe extractos y que el monto de la pensión que le ofrece el RAIS la motiva a trasladarse, pues tiene una familia por mantener y busca la estabilidad de sus hijos.

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. (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.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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 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 modificada 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.

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.

Pensión de vejez

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada 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 la afiliada mujer haya alcanzado los 57 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 la accionante alcanzó los 57 años de edad el 6 de septiembre de 2020 (expediente digital, archivo 1 fl 40) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (expediente digital archivo 10, fls. 123 a 134, y carpeta expediente administrativo fl 1 a 6), 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 este punto.

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 financiarla, en todo caso, como tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado. Por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Estima la Sala que hay lugar a condenar a la demandada Colpensiones al de pago de 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 se declaró la ineficacia del traslado y se le ordenó recibir los valores de la cuenta de ahorro de la demandante, actualizar su historia laboral y garantizar el derecho pensional. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en este punto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modificará 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 10 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, 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 el numeral cuarto de la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que 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.

TERCERO: 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.

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

QUINTO: 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
028 2021 00285 01