



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105039202100057-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el tres (3) de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GERMAN RICO VIDAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

GERMAN RICO VIDAL, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante ante la omisión de información efectuado del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS a través de AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES aceptar el

traslado, se condene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos en la cuenta individual de ahorro de la demandante, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos, al pago de agencias en derecho y costas procesales, a lo extra y ultra petita.

LOS HECHOS CON RELEVANCIA JURÍDICA A QUE SE CONTRAE EL INFORMATIVO SON LOS SIGUIENTES:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que se trasladó del RPM administrado hoy por COLPENSIONES al RAIS a través de AFP PORVENIR S.A. 17 de junio de 1997, cuando laboraba en la SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA, los asesores de la AFP PORVENIR S.A lo afiliaron, que solo se indicó que su pensión iba hacer superior a la obtenida en COLPENSIONES, sin hacer referencia a ninguna otras característica de los regímenes existentes, que el 10 de julio de 2020 solicito a PORVENIR S.A. la ineficacia de la afiliación al RAIS y el 13 de julio de 2020 solicito ante COLPENSIONES aceptará y legalizara su traslado, PORVENIR el 16 de septiembre de 2020 le informa que su afiliación es válida y no es procedente su solicitud, por su parte, COLPENSIONES hasta enero de 2021 no había dado respuesta a su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Archivo ContestacionDemandaPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, en su defensa propuso las excepciones de; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Descapitalización el sistema pensional, Inexistencia del derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Archivo ContestaciónDemandaColpensiones.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el tres (3) de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante GERMAN RICO VIDAL al RAIS administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. realizada el 18 de julio de 1997 ordenando el regreso automático a COLPENSIONES, como consecuencia, condeno a la demandada COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado, devolución de gastos de administración, prima de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados, condeno a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral de la demandante, declaro no probadas las excepciones planteadas por las demandadas y las condeno en costas.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva, para lo cual argumentó que; en el proceso se acreditó que la entidad cumplió con el deber de información tal y como para dicha época lo establecía la ley y la jurisprudencia, acreditado con el formulario de afiliación como único documento exigido para la época, con el interrogatorio de parte se evidencia que hubo una asesoría previa al traslado de régimen en la cual se le explicaron las condiciones generales del sistema pensional, además para la demandante es más beneficioso quedarse en el RAIS donde podría acceder a una prestación pensional bajo la figura de la garantía de pensión mínima, de confirmar la declaratoria de ineficacia, no se encuentra de acuerdo con la devolución de dineros por concepto de gastos de administración y primas de seguros, ello en virtud a lo establecido en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, conceptos que además están sujetos a la prescripción, configurándose un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, ya que con la devolución de rendimientos financieros se estaría compensando tal situación, por lo que tampoco debe ordenarse la indexación de tales conceptos, convirtiéndose ello en una doble sanción.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; el traslado efectuado tiene plena validez lo cual se corrobora con las pruebas arrimadas al proceso que evidencia que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, pues la asesoría recibida por la demandante contenía toda la información clara y precisa, no debe olvidarse que los afiliados tienen el derecho de escoger el régimen al que quieren pertenecer y el art. 2 de la Ley 797 de 2003 estableció que no pueden trasladarse faltando 10 años o menos para adquirir el derecho a la pensión, además tampoco se prueba vicio del consentimiento alguno.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente las partes se pronunciaron así; la parte demandante solicito se confirma la sentencia de primera instancia y se condene en costas a las demandadas en segunda instancia, COLPENSIONES por su parte mantuvo la solicitud del recurso de apelación y tajo a colación los siguientes fundamentos jurídicos art. 2 Ley 797 de 2001, no existe prueba que demuestre que existe un vicio del consentimiento conforme al artículo 1740 del Código Civil, Decreto 663 de 1993, deber materializado a través de la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015. y como fundamentos jurisprudenciales sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional y por último la demandada PORVENIR S.A. solicito la revocatoria haciendo énfasis, en la verificación de la voluntad del afiliado, la libre elección de régimen pensional y las restituciones mutuas.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **iv)** si es procedente la indexación de las sumas objeto de devolución y **v)** si lo pretendido se encuentra afectado por

el fenómeno prescriptivo. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 13 de julio de 2020 y hasta enero de 2021 no había dado respuesta a su solicitud. (Archivo Demanda Anexos.pdf)

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así:

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, 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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el diecinueve (19) de junio de 1959 (archivo 01DemandaAnexos.pdf) , ii) cotizó al RPM 233 semanas (Archivo DemandaAnexos.pdf, folio 96), iii) que el diecisiete (17) de junio de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de agosto de 1997 (archivo DemandaAnexos.pdf), según la historia laboral aportada con la demanda y por dicha AFP con 1.140 semanas (Demanda Anexos y ContestacionDemandaPorvenir.pdf).

Del interrogatorio de parte practicado al demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera al fondo de pensiones, pues de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado que no conoce todas y cada una de las características de los regímenes pensionales, situaciones concretas y que ampliamente fueron indagadas una a una por el Despacho y los apoderados de las partes, por el contrario refiere que la asesoría se dio en los siguientes términos: que en año 1997 aproximadamente en junio una asesora de PORVENIR se acercó a la oficina en la que trabajaba y le indico que iba a pensionarse más joven

con menos semanas, además que el ISS se iba a liquidar y para no perder las semanas debía trasladarme.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor GERMAN RICO VIDAL asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima.

Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la

medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto, a las órdenes dadas en primera instancia a PORVENIR S.A. de la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los

fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

*De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe

un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

*Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».***

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos

están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante a la AFP Porvenir S.A. el diecisiete (17) de junio de 1997 con efectividad el 1 de agosto de 1997 se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el tres (3) de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **GERMAN RICO VIDAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

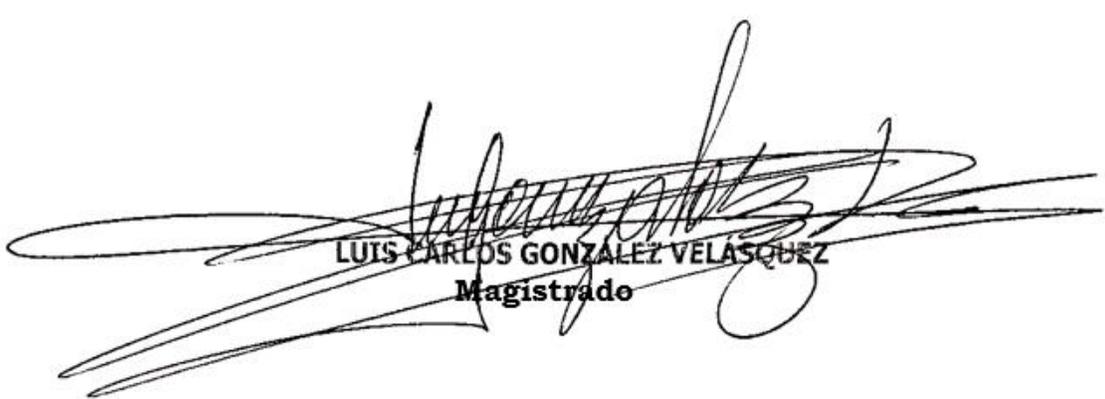
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105014201900085-02

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandado COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARUJA ESTHER FLOREZ JIMENEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A.**

ANTECEDENTES

MARUJA ESTHER FLOREZ JIMENEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena hoy Protección S.A. Colfondos S.A.; pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLMENA hoy PROTECCION S.A., desde octubre de 1994; que como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerlo entre sus afiliados.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, que empezó a cotizar al sistema general de pensiones desde el 1 octubre de 1993 hasta el día de hoy sigue activa.

Refiere que se trasladó el RPMPD al RAIS administrado por COLMENA hoy Porvenir S.A. en octubre de 1994; que firmó nuevo formulario de afiliación visible en el expediente electrónico, debiendo esta demostrar que cumplió con el deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con las fechas en que cotizó demandante al sistema general de pensiones, la fecha de nacimiento de la actora, la reclamación administrativa presentada y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la vinculación del demandante al RAIS, y la fecha en que este nació. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

COLFONDOS S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la vinculación del demandante al RAIS.

PROTECCIÓN S.A. contestó con oposición a las pretensiones principales y subsidiarias del *petitum*, argumentado que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP:

inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declarará la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de octubre de 2022 el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor **MARUJA ESTHER FLOREZ JIMENEZ** de octubre de 1994 a Colmena hoy Protección S.A.; declare la ineficacia de la afiliación efectuada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de COLMENA hoy PROTECCION S.A; condena a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las citadas AFP'S deberán devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen; además ordena a COLPENSIONES aceptar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS. Condena en costas a PROTECCION por un salario mínimo.

Para arribar a dicha conclusión, el juzgador de instancia consideró en primer en el presente caso debe analizarse si acto jurídico de traslado resulta ineficaz, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; asimismo expuso que esa misma Corporación ha estimado que para que se tenga como una afiliación libre y voluntaria esta debe estar precedida de una información de los riesgos del traslado, así como los beneficios en cada régimen con la finalidad de generar una decisión informada, lo cual no se entiende cumplida con una simple expresión genérica.

Del mismo modo, señaló que el deber de información surgió con el nacimiento de los fondos, el que debe ser analizado dependiendo del momento histórico en el que se realizó la vinculación, añadiendo que para

el efecto el formulario de afiliación no es prueba suficiente de la decisión informada derivada de la información entregada por el fondo, carga que corresponde a las AFP.

Descendiendo al caso en concreto, que lo primero que debe analizar es la multiafiliación que presentaba la demandante, sin embargo esta finalmente fue resuelta a favor de COLFONDOS, expuso que el traslado de régimen se colige con las documentales que obran en el plenario y el interrogatorio de parte, sin embargo, de la declaración de la actora no se desprende confesión alguna sobre una debida información del parte del fondo privado, pues no fue enterada de las características y condiciones de ambos regímenes pensionales.

Así las cosas, al no encontrar acreditado el cumplimiento del deber de información al momento del traslado, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, con todos sus efectos consecuenciales, ordenando a PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES los aportes de la actora, junto con sus rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, y declaró no probada la excepción de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN y GRADO DE CONSULTA

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

Solicita al tribunal revocar la sentencia de primera instancia, aduciendo que, si bien la demandante efectuó cotizaciones a esa administradora, se encuentra imposibilitada para recibirla afiliada en aplicación al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, realizó su traslado de régimen en ejercicio al derecho a su libre escogencia de régimen, prefiriendo el régimen de ahorro individual con solidaridad que administra PROTECCIÓN S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término establecido en el artículo 1 de la Ley 221 de 2022, PORVENIR y la parte demandante, así:

PORVENIR S.A., solicita se revoque la sentencia de primera instancia, debido a que según su dicho no le asiste razón al fallador, en el sentido que no se alegó y menos se probó, los eventos establecidos en el artículo 1741 del Código Civil para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a su plena validez.

La parte demandante, solicita se conforme la decisión de primera instancia, pues acoge en su integralidad los postulados sobre la materia que ha señalado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la

*asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al

*juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo

al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que en la página 20 del PDF del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen del demandante a la Sociedad COLMENA hoy PROTECCION S.A., diligenciado en octubre 1994.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte de la señora **MARUJA ESTHER FLOREZ JIMENEZ**, quien manifestó que se trasladó a COLMENA S.A. en octubre de 1994, en cuanto fue un asesor de dicha entidad, quien les indicó que el ISS se acabaría, por lo que tendrían problemas con la pensión, sin embargo, que en dicha AFP se podrían pensionar más jóvenes y con un mejor monto; que la reunión duró unos minutos; que no se le informó que tendría una cuenta de ahorro individual a su nombre; que desea retornar a Colpensiones porque se siente engañada.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaban COLMENA hoy PROTECCION S.A., así como COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora **MARUJA ESTHER FLOREZ JIMENEZ** asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime, cuando permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información,

que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCION S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLMENA hoy PROTECCION S.A desde octubre de 1994 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, pues si bien indicó el actor que durante la asesoría se realizaron unos cálculos, al no obrar constancia, no se puede corroborar este colegiado que en efecto se tratase de una proyección pensional, y que montos arrojó la misma.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en cuanto la indexación está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, lo cierto es que considera esta corporación, que las condenas no son excluyentes, y que, inclusive, dicha disposición ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Por otra parte, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Como quedó demostrado en el transcurrir del proceso las múltiples afiliaciones que tuvo la demandante, y que muy acertadamente el juez de primera instancia resolvió, deben entonces de acuerdo a la historia laboral los tres fondos SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con el bono pensional y los rendimientos.

De igual modo, las citadas AFP'S deberán devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES S.A. por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada COLPENSIONES S.A., por la suma de \$1.160. 000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultados del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105021202100617-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de abril de 202, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: SUSTITUCION PENSIONAL

Entonces, procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia de fecha el 7 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por RAFAEL HUMBERTO ALFARO NAIZAQUE en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

RAFAEL HUMBERTO ALFARO NAIZAQUE, promueve demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que sea condenada al reconocimiento y pago de la sustitución pensional con ocasión de la muerte de su esposa BLANCA DORIS ALFARO DE ALFARO (Q.E.PD) a partir del 3 de mayo de 2021, fecha de su fallecimiento, mesadas que se han de pagar de forma retroactiva junto con los reajustes de ley, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones señaló que el 2 de mayo de 2021 falleció su esposa BLANCA DORIS ALARO DE ALFARO, quien para entonces devengaba una pensión con COLPENSIONES; igualmente comenta que convivió con su esposa desde el 30 de noviembre de 1980 hasta el mes de febrero de 2001 cuando éste abandono su hogar, y en vigencia de dicho vinculo procrearon 2 hijas, manteniendo la sociedad conyugal vigente hasta su deceso; no obstante COLPENSIONES con resolución SUB 18214 del 4 de agosto de 2021 le negó la prestación y posteriormente se agota el trámite administrativo mediante resolución SUB 03725 del 16 de noviembre de 2021.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demanda e integrado el Litis consorcio fue contestada así: **COLPENSIONES** (Contestación Demanda Pdf), se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, en cuanto a los hechos acepto los relacionados con la condición de la pensionada de la causante, así como las resoluciones expedidas con ocasión a su fallecimiento, manifestando no constarle los demás. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción e legalidad de los actos administrativos, no configuración el derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia del pago de costas y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral en sentencia del 7 de febrero de 2023 resolvió declarar que la señora RAFAEL HUMBERTO ALFARO NAIZAQUE es el único beneficiario de la pensión de sobrevivientes en los términos de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con ocasión del fallecimiento del señor BLANCA DORIS ALFARO DE ALFARO (Q.E.PD), condenando a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la demandante en calidad de Cónyuge supérstite con ocasión al fallecimiento de su esposa, en un 100% de la mesada pensional a partir del 3 de mayo de 2021, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de ley, sumas que deberán ser indexadas al momento del pago, absolviendo a la demandada de las demás pretensiones.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de Colpensiones, inconforme con la decisión interpuso el recurso de apelación y lo sustentó en debida forma, solicitando se revoque la decisión proferida por el Juez Veintiuno Laboral del Circuito, del 7 de febrero de 2023, pues considera que no se presenta la convivencia, pues hubo ruptura; en el evento que el tribunal decida confirmar, manifiesta que debe revocarse parcialmente, pues su representada tiene cuatro meses para reconocer esa prestación económica.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro del término del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, presentaron alegaciones tanto la parte demandante como la demandada, así:

La actora, manifiesta que debe confirmarse la decisión de primera instancia, ya que su poderdante demostró el requisito de convivencia y se demostró que aun permanecía casado con la causante, por tanto, es errónea la postura de Colpensiones y también discriminatoria.

Por su parte, COLPENSIONES, manifiesta que la falladora incurre en un error de interpretación, pues las documentales aportadas por el accionante, es claro que no se demuestra el requisito de convivencia durante los últimos 5 años.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver este grado jurisdiccional de consulta previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, así como con la extensa documental que reposa en el informativo, se tiene plenamente establecido que la señora BLANCA DORIS ALFARO DE ALFARO fue pensionada mediante resolución 61350 del 13 de diciembre de 2007 (PDF

Contestación Demanda; según se desprende de las resoluciones que niegan el reconocimiento fl 78) y falleció el 2 de mayo de 2021 como da cuenta el registro de defunción que milita en las pruebas aportadas en el escrito de demanda archivo Pdf; lo que de suyo implica que el derecho de la pensión de sobrevivientes debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993; por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante. Requisitos que estimó el a quo cumple el señor demandante no tiene la carga de demostrar el tiempo de convivencia requerido para el efecto, por lo que ordenó el reconocimiento pensional por convivencia que tuvo con él, en su **condición de esposo con quien se separó de hecho, pero mantuvo la sociedad conyugal vigente hasta el día del fallecimiento** además que procrearon 2 hijas, aun separados de hecho, puede reclamar la prestación siempre y cuando hubiesen convivido por más de 5 años. Circunstancias que igualmente se corroboraron con la información contenida en las pruebas aportadas con la demanda y la contestación de la demanda (Escrito de demanda archivo 13 pdf), declaraciones Extrajuicio que demuestran la convivencia con señora BLANCA DORIS ALFARO.

La demandada al momento de resolver la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente, profirió las resoluciones SUB 18214 del 4 de agosto de 2021 le negó la prestación y posteriormente se agota el trámite administrativo mediante resolución SUB 03725 del 16 de noviembre de 2021, que también negó, con el argumento de no haber acreditado la convivencia mínima de 5 años anteriores al deceso con su esposo (Escrito de demanda. Archivo pdf, fls 22 a 27).

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En el caso en que la pensión de sobrevivientes 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) (...)

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.”** (negrillas fuera de texto y corresponde a la parte de la norma analizada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1035 de 2008 declarándolo exequible condicionalmente en el entendido que además del esposo o la esposa, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido).

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre los lazos afectivos de apoyo y compromiso de vida real con vocación de permanencia en casos como el aquí visto, durante lapso superior a 5 años en cualquier tiempo si es con el cónyuge y existe separación de hecho.

De tal suerte, analizado el material probatorio en todo su conjunto no cabe duda para la Sala que la parte actora acreditó en debida forma no sólo su vínculo marital por rito católico del que da cuenta la copia del registro civil de matrimonio celebrado entre la señora BLANCA DORIS ALFARO DE ALFARO y el señor RAFAEL HUMBERTO ALFARO NAIZZAQUE el 28 de febrero de 1981 (fl 20, pdf escrito de demanda), cuya sociedad conyugal no fue liquidada en vida de éste, sino también que durante el tiempo de convivencia procrearon dos (2) hijas, lo cual no fue objeto de reparo por ninguna de las partes, haciendo vida en común según el propio dicho de la actora por espacio de 20 años.

Tiempo de convivencia efectiva que fue corroborado por los testigos ante el despacho LUIS EDUARDO QUIJANO ESCOBAR, CARLOS ALBERTO ROMERO quienes en su orden señalaron ser amigos de la pareja, conocen que procrearon dos hijas y que fue compadre del señor, les consta que contrajeron matrimonio en 1981 y hasta cuando convivieron, también saben dónde convivieron; también se realizó interrogatorio de parte al demandante.

Así, demostrada como se encuentra la convivencia del esposo de la causante entre 1981 y 2001 (20 años aproximadamente) sin que se hubiese acreditado disolución de la sociedad conyugal, independientemente de la separación de hecho¹ que existió entre ellos con posterioridad, es dable reconocerle el derecho a la sustitución pensional, también recordando que en ese lapso procrearon dos hijas, como acertadamente lo estimó el a quo.

De otra parte, en lo que interesa a la fecha a partir de la cual se ha de reconocer dicha prerrogativa pensional ha de ser a partir del deceso del causante (3 de mayo de 2021) sin que haya lugar a declarar probado ningún medio exceptivo, particularmente el de la prescripción al no haberse configurado.

Sin más consideraciones, se confirma la sentencia objeto apelación y de grado jurisdiccional de consulta conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin condena en costas en esta instancia.

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

¹ Para el efecto puede consultarse la sentencia de la CSJ – SL 1399-2018 Radicación n.º 45779 del 25 de abril de 2018. M.P Clara Cecilia Dueñas Quevedo en la que precisó: “ Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho. En efecto, la antinomia contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, visible cuando en su inciso 2.º hace referencia a «sociedad anterior conyugal» y, en el tercero, a «unión conyugal», fue resuelta por la Corte a favor de la última a través de sentencia SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en los siguientes términos: El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la “unión conyugal” y la restante con la de la “sociedad conyugal vigente”. Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel. Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que “los cónyuges están Radicación n.º 45779 25 obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida”, y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado. Así, por ejemplo en sentencia C-533 de 2000, la Corte Constitucional abordó la naturaleza del matrimonio, y en torno al punto que aquí interesa estimó: “(...) el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas (...) En el matrimonio (...) las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuges, es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia”. Por demás, es el propio artículo 42 de la Constitución Política el que señala que “los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”, y si a ello se suma la voluntad del legislador de proteger la “unión conyugal” a la que hizo referencia la norma que aquí se discute, no sería propio negar el otorgamiento de la prestación cuando la sociedad conyugal esté disuelta, pero exista el verdadero vínculo jurídico, máxime cuando en este evento, el propio Ramón Antonio Castrillon Uribe, en desarrollo de sus obligaciones de socorro y ayuda mutua, previó el tema pensional e incorporó en la cláusula atrás trascrita su deseo de prodigar amparo, a quien convivió con él por más de 20 años.”

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 07 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **RAFAEL HUMBERTO ALFARO NAIZAQUE** en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a los razonamientos expresados por la Sala.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

La presente sentencia queda notificada en estrados a las partes.

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105035201900415-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA -Seguridad Social – Pensión de Vejez por Garantía Mínima.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, respecto a la condena realizada al DEPARTAMENTO DE CORDOBA, de la sentencia proferida el 03 de diciembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MARIA DEL SOCORRO JARABA TABOADA** contra **PORVENIR S.A., HOSPITAL SAN RAFAEL DEL CHINU E.S.E., MINISTERIO DE HACIENDA, DEPARTAMENTO DE CORDOBA.**

ANTECEDENTES

MARIA DEL SOCORRO JARABA TABOADA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **PORVENIR S.A., HOSPITAL SAN RAFAEL DEL CHINU E.S.E., MINISTERIO DE HACIENDA, DEPARTAMENTO DE CORDOBA**, para que, se reconozca el derecho a que el DEPARTAMENTO DE CORDOBA, emita, redima y pague con destino a la cuenta de ahorro individual que posee en PORVENIR S.A., el bono pensional representativo del período laborado en el Hospital San Rafael del Chinu E.S.E., **que por lo tanto el DEPARTAMENTO DE CORDOBA**, a emitir, redimir y pagar el valor del bono pensional representativo de los períodos laborados por la demandante en el Hospital San Rafael del Chinu E.S.E., dineros que tendrán como destino la cuenta de ahorro individual que la demandante posee en la AFP PORVENIR S.A; además que le asiste el derecho a la garantía de la pensión mínima de vejez establecida en el

art. 65 de la Ley 100 de 1993 y se condene la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a la señora MARÍA DEL SOCORRO JARABA TABOADA, la garantía de la pensión mínima de vejez establecida en el art. 65 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de julio de 2019 y por trece mesadas anuales, se le reconozca el retroactivo y las indemnizaciones necesarias, daños y perjuicios causados.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 1 de julio de 1957, obteniendo el estatus de pensional del mismo día y mes del año 2014; que, PORVENIR S.A., le negó el reconocimiento de la pensión de vejez, por no cumplir los requisitos legales para acceder a ese derecho, además que se encontraba exenta de la garantía de pensión mínima.

Fue empleada de la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE CHINU desde el 1 de julio de 1980 hasta el 30 de octubre de 1991, entre noviembre de 1991 a diciembre de 1995 estuvo afiliada a la CAJA DE PREVISION DE CORDOBA EN LIQUIDACION hoy UGPP, de enero de 1996 a 31 de diciembre de 1996 en el ISS, y el MINISTERIO DE HACIENDA certifica que en el bono pensional a favor de la accionante, participa como emisor el departamento de DEPARTAMENTO DE CORDOBA, según la información contenida en la Certificación Laboral No. 086 de fecha 29 de enero de 2014 expedida por el empleador E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE CHINU – CORDOBA

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL DEPARTAMENTO DE CORDOBA, dio respuesta extemporánea de la demanda, por lo tanto, la primera instancia la dio por NO CONTESTADA.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 03 de diciembre de 2021, el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, fallo así:

“ PRIMERO: DECLARAR que a la señora MARÍA DEL SOCORRO JARABA TABOADA, le asiste el derecho a que el DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, emita, redima y pague con destino a la cuenta de ahorro individual que posee en PORVENIR S.A., el bono pensional representativo del período laborado en el Hospital San Rafael del Chinu E.S.E.

SEGUNDO: CONDENAR al DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, a emitir, redimir y pagar el valor del bono pensional representativo de los períodos laborados por la demandante MARÍA DEL SOCORRO JARABA TABOADA en el Hospital San Rafael del Chinu E.S.E., dineros que tendrán como destino la cuenta de ahorro individual que la demandante posee en la AFP PORVENIR S.A.

TERCERO: DECLARAR que a la señora *MARÍA DEL SOCORRO JARABA TABOADA*, le asiste el derecho a la garantía de la pensión mínima de vejez establecida en el art. 65 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a la señora *MARÍA DEL SOCORRO JARABA TABOADA*, la garantía de la pensión mínima de vejez establecida en el art. 65 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de julio de 2019 y por trece mesadas anuales.

QUINTO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a pagar a la demandante *MARÍA DEL SOCORRO JARABA TABOADA*, la suma de **veintiséis millones doscientos noventa y tres mil quinientos once pesos (\$26.293.511)**, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1 de julio de 2019 al 31 de octubre de 2021, suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo.

No obstante, lo anterior, se autoriza a la AFP PORVENIR para que del retroactivo pensional efectúe los descuentos legales para el sistema general de seguridad social en salud.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la AFP PORVENIR S.A., y declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en favor de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y el HOSPITAL SAN RAFAEL DEL CHINU E.S.E., de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

NOVENO: CONCEDER el grado jurisdiccional de Consulta en favor del DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, de conformidad con lo señalado en el inc. 3 del art. 69 del PT y SS.”

DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Tal y como lo dispuso la primera instancia, procede el despacho a verificar si efectivamente la sentencia proferida en contra del DEPARTAMENTO DE CÓRDOBA, en el grado jurisdiccional de CONSULTA, se encuentra ajustada a derecho, únicamente en los numerales primero y segundo de la mencionada providencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandante presento alegaciones, solicitando dar agilidad a la presente teniendo en cuenta que su representada es una persona de la tercera edad.

Por su parte, una vez corrido traslado a la parte demandada, su apoderada judicial manifestó adición el fallo para que se condene al Ministerio de Hacienda que emita la resolución de reconocimiento de la garantía de pensión mínima,

pues se ordenó al Departamento de Córdoba reconocer el bono pensional por el tiempo que la demandante trabajó para el Hospital San Rafael del Chinú E.S.E., e inmediatamente Porvenir pague la pensión, por tratarse de una pensión que cuenta con recursos públicos.

Además manifestó que la parte demandada no se negó a reconocer la pensión a la demandante pues siempre le manifestó los inconvenientes que presentaba y que solo fue resuelto mediante la expedición del bono pensional.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y el 69 inciso 3 del CPTSS, la Sala, deberá determinar, si le corresponde al DEPARTAMENTO DE CORDOBA la responsabilidad de la emisión, redención y pago del bono pensional representativo del tiempo laborado por la demandante al servicio del HOSPITAL SAN RAFAEL DE CHINU, CORDOBA.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, quedó demostrado y no fue objeto de inconformidad, por lo que se estudia entonces el grado jurisdiccional de consulta, la demandante, cuenta con 62 años de edad, pues, nació el 1 de julio de 1959; además, cotizó un total de 1.677 semanas; y, que, aunque inicialmente PROTECCIÓN S.A., le negó el derecho a la garantía de pensión mínima de vejez, y que laboro 592 semanas al servicio de la ESE SAN RAFAEL DE CHINU (CARPETA 11 EXPEDIENTE DIGITAL PDF).

La única responsabilidad que tiene el departamento de Córdoba con las prestaciones de los empleados y/o trabajadores de las distintas ESE, son la adquiridas mediante el contrato interadministrativo de concurrencia No. 492, suscrito entre el Ministerio de Salud – Fondo Nacional del Pasivo Prestacional del Sector Salud y el Departamento de Córdoba, cuyo objeto es concurrir en los términos señalados en la resolución No. 2203 de del 29 de junio de 1999, emanada del Ministerio de Salud, para el pago de la deuda prestacional correspondiente a los funcionarios y exfuncionarios pertenecientes a la planta

de personal del departamento Administrativo de Salud de Córdoba DASALUD hoy Secretaria de Desarrollo de la Salud.

Le asiste razón al apoderado del HOSPITAL SAN RAFAEL DE CHINU, la obligación de pagar el pasivo prestacional, cesantías, reservas para pensiones y pensiones de los trabajadores de esa entidad, le corresponde al Departamento de Córdoba, existe en el plenario el convenio interadministrativo o de concurrencia que respalda, esa reserva de los pasivos que genero la ESE, corresponde al DEPARTAMENTO DE CORDOBA.

Además de lo anterior, en el bono pensional a favor de la accionante, participa como emisor el departamento de DEPARTAMENTO DE CORDOBA, según la información contenida en la Certificación Laboral No. 086 de fecha 29 de enero de 2014 expedida por el empleador E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE CHINU – CORDOBA, información entregada por el MINISTERIO DE HACIENDA.

Luego entonces, aunque no desconoce la Sala, que, como señala el artículo 4 del Decreto 832 de 1996, *“Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima”*, la misma norma indica que ese *“acto que se expedirá con base en la información que suministre **la AFP o la aseguradora**, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, **les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima”*** (Negrilla fuera de texto).

Así pues, las Administradoras de fondos de pensiones, están en la obligación de adelantar todas las gestiones posibles a su cargo, no sólo para reconstruir la historia laboral de sus afiliados, deber que surge desde el momento en que se hace efectiva la afiliación del trabajador, sino también para adelantar ante la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, todas las peticiones relacionadas con la redención del bono pensional y el pago de la garantía de pensión mínima.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia que es objeto de consulta, en lo relacionado con el DEPARTAMENTO DE CORDOBA, ya que quedó demostrado en el transcurrir del proceso, que es la entidad encargada de responder por la emisión y pago con destino a la cuenta de ahorro individual que posee en PORVENIR S.A., del bono pensional representativo del período laborado en el Hospital San Rafael del Chinu E.S.E. por la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de diciembre de 2021, por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIA DEL SOCORRO JARABA TABOADA** contra **PORVENIR S.A., HOSPITAL SAN RAFAEL DEL CHINU E.S.E., MINISTERIO DE HACIENDA, DEPARTAMENTO DE CORDOBA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ENVIAR las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008202100224-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez.

AUTO

Previo a resolver el recurso de apelación, se procede RECONOCER PERSONERÍA adjetiva para actuar a la apoderada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada de COLPENSIONES, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales del demandante y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RICARDO PADILLA RICO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en tanto la decisión no fue apelada, y la misma en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Ricardo Padilla Rico promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada en los años 1997 y 2001 a Porvenir S.A.; que como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerlo entre sus afiliados; que se reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 3 de abril de 2019, en aplicación de la Ley 797 de 2003, por cumplir con los requisitos de edad y tiempo; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 3 de abril de 1957; que empezó a cotizar al sistema general de pensiones desde el 18 de enero de 1982 hasta el día 1 de febrero de 2010.

Refiere que se trasladó el RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A. el día 8 de septiembre de 1997; que firmó nuevo formulario de afiliación con dicha AFP el 21 de septiembre de 2001, debiendo esta demostrar que cumplió con el deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma, Colpensiones se opuso a la totalidad de las pretensiones; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con las fechas en que cotizó demandante al sistema general de pensiones, la fecha de nacimiento del actor, la reclamación administrativa presentada y su contestación. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, Porvenir S.A. dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la vinculación del demandante al RAIS, y la fecha en que este nació. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de octubre de 2022 el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor Ricardo Padilla Rico el 8 de septiembre de 1997 a Porvenir S.A.; condenar a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil,

aplicable por remisión analógica en materia laboral; condenar a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir S.A. y que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor; condenar a Colpensiones a que una vez se materialice el traslado de régimen pensional aquí ordenado en virtud de la ineficacia del traslado referida en precedencia, proceda de forma inmediata y previa solicitud del actor, a estudiar, reconocer y pagar de forma indexada la pensión de vejez en favor del demandante, conforme lo dispuesto en la Ley 797 del 2003 y teniendo en cuenta los parámetros fijados en la parte motiva de la providencia; absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados del demandante y de Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos:

DEMANDANTE: Presenta recurso de apelación, únicamente en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión, solicitando que se observe la historia laboral del actor en Porvenir, donde su último aporte es en el año 2010, debiendo tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ya se ha pronunciado sobre la novedad de retiro, por lo que, el señor Padilla Rico al haber cumplido la edad de 62 años en el 2019 y haber dejado de cotizar en el 2010, debe reconocerse y pagarse la pensión, teniendo como referencia la historia laboral aportada.

PORVENIR S.A.: Refiere que si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado, la Corte Suprema de Justicia ha aclarado que solo resulta aplicable de manera diferenciada según de los supuestos fácticos que exigen una similitud que en el presente caso no se avizora, evidenciándose que el demandante se vinculó a la entidad de manera libre y voluntaria, cumpliéndose con las cargas impuestas a las AFP en el año en que se realizó el traslado, sin que existan razones jurídicas para declarar la nulidad del acto, máxime, cuando el actor tuvo dos asesorías, una en el año 1997 y otra en el año 2001, manifestando que no estuvo coaccionado.

Adicionalmente, se aparta la administradora de la decisión de tener que devolver los emolumentos, al no resultar coherente que se declare la figura de la ineficacia en algunos sentidos y en otros no, recibiendo Colpensiones dineros que no se generan en dicho régimen, aunado a que algunos emolumentos fueron entregados a la aseguradora contratada, con los cuales el demandante tuvo protección.

Así mismo, frente a la devolución de manera indexada de tales emolumentos, la apoderada indica que debe tenerse en cuenta la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca, donde al revisar un

caso similar, concluye que la indexación sería excluyente con los rendimientos financieros, siendo una doble sanción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término establecido por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, fueron presentados por la actora, COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., así: Apoderado del demandante, solicita se confirme la providencia de alzada y se reconozca la integralidad de los derechos sustanciales reconocidos en la parte motiva; por su parte PORVENIR S.A. en síntesis peticiona revocar en su integralidad el fallo de primera instancia; entre tanto COLPENSIONES, reitera que no es procedente el traslado de régimen solicitado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniendo en cuenta los aspectos apelados por Colpensiones, y el grado jurisdiccional concedido a su favor. Asimismo, se estudiarán los puntos apelados por la AFP Porvenir S.A.

DE LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad o ineficacia del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente

porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que en el ítem 7 del expediente digital consta formulario de afiliación y traslado de régimen del demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., diligenciado el 8 de septiembre de 1997, y otro posterior, del 21 de septiembre de 2001.

En suma, se recepciona interrogatorio de parte del señor Ricardo Padilla Rico, quien manifestó que se trasladó a Porvenir S.A. en septiembre de 1997, en cuanto fue un asesor de Porvenir S.A., quien les indicó que el ISS se acabaría, por lo que tendrían problemas con la pensión, sin embargo, que en dicha AFP se podrían pensionar más jóvenes y con un mejor monto; que la reunión duró entre 10 y 15 minutos; que no se le informó que tendría una cuenta de ahorro individual a su nombre; que desea retornar a Colpensiones porque se siente engañado; que estando vinculado a Porvenir S.A., la AFP lo citó para llenar nuevamente el formulario de afiliación en el año 2001, como si tuvieran mal la información.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba Porvenir S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Ricardo Padilla Rico asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal

afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime, cuando permanecer en el RAIS, no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada Porvenir S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a Porvenir S.A el 8 de septiembre de 1997 se torna ineficaz, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, pues si bien indicó el actor que durante la asesoría se realizaron unos cálculos, al no obrar constancia, no se puede corroborar este colegiado que en efecto se tratase de una proyección pensional, y que montos arrojó la misma.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal. (...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se

consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima. Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en cuanto la indexación está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, pues si bien el apoderado de Porvenir S.A. manifiesta que se le impuso doble sanción, lo cierto es que considera esta corporación, que las condenas no son excluyentes, y que, inclusive, dicha disposición ha sido dictada por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de no cumplir con los requisitos para ello, y en cuanto esta podría estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Por otra parte, considera la sala que la declaratoria de ineficacia de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar Porvenir S.A. a Colpensiones sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DEL DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Se duele la parte actora del hecho que la a quo no condenara a la administradora al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el año 2019, luego de declarar la ineficacia de su traslado al RAIS.

Sobre el particular, se procede con el estudio de la prestación de vejez solicitada, en los términos reseñados en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que dispone:

“ARTÍCULO 9o. *El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:*

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)"

Tenemos entonces que el señor RICARDO PADILLA RICO, nació el 3 de abril de 1957, por lo que cumplió 62 años de edad el 3 de abril de 2019, cumpliendo con el primer requisito para el reconocimiento del derecho pensional.

En cuanto a las semanas exigidas por la norma, el demandante cuenta con un total de 1.386 semanas cotizadas, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme a la Historia laboral de fecha 3 de abril de 2019 emanada por COLPENSIONES; y en donde consta que fueron trasladadas a PORVENIR S.A., fondo de pensiones en el que se encuentra afiliada en la actualidad; conllevando esto a que se cumpla con el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez; por cumplir 62 años de edad en el año 2019 y haber acreditado como mínimo 1300 semanas de cotización.

Ahora bien, pese a lo anterior se advierte que el demandante no cuenta con fecha de retiro, según se avizora del citado reporte de semanas cotizadas al fondo de pensiones privado PORVENIR S.A., ya que presenta un ciclo de fecha 21 de septiembre de 2021, tal y como lo avizorara la primera instancia y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, y de las demás pruebas obrantes en el expediente, luego, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

En la audiencia de que trata el artículo 80 del C.P.T. y de la S.S., que se llevó a cabo el 20 de octubre de 2022, la Juez de instancia, dispuso en su numeral quinto de la sentencia, *“CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez se materialice el traslado de régimen pensional aquí ordenado en virtud de la ineficacia del traslado referida en precedencia, proceda de forma inmediata y previa solicitud del actor a estudiar, reconocer y pagar de forma indexada la pensión de vejez en favor del demandante.*

Conforme lo dispuesto en la ley 797 del 2003 y teniendo en cuenta los parámetros fijados en la parte motiva de esta providencia.”

Acorde con lo expuesto, la prestación queda supeditada a que se cumpla con este requisito, es decir, el retiro efectivo; por lo que no procede el reconocimiento de la pensión desde la fecha que determinó la *a quo*, hasta tanto, no se verifique el retiro del sistema. Ahora bien, cabe precisar que en el momento en que la entidad pública haya recibido los conceptos ordenados en la sentencia de primer grado, deberá determinar el monto de la mesada pensional con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable al afiliado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, más la indexación de las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, de ser viable la aplicación de la indexación .

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues el efecto de la ineficacia precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para modificar parcialmente la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente PORVENIR S.A. por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, que condeno a COLPENSIONES a que una vez se materialice el traslado de régimen pensional ordenado en virtud de la ineficacia del traslado, proceda de forma inmediata y previa solicitud del actor a estudiar, reconocer y pagar de forma indexada la pensión de vejez en favor del demandante. Conforme lo dispuesto en la ley 797 del 2003 y teniendo en cuenta los parámetros fijados en la parte motiva de esta providencia. Para en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a que reconozca y pague la pensión de vejez al demandante de acuerdo a lo reglado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, a partir de que se produzca su retiro del sistema general de pensiones, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales, la cual deberá liquidarse conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión,

debiendo indexar las mesadas que se reconozcan desde el retiro hasta el momento de su pago, en caso de ser viable la aplicación de la indexación.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el día 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Ricardo Padilla Rico contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Porvenir S.A., por la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
SALVO VOTO PARCIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105038201800595 01

En Bogotá D.C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

TEMA: CONTRATO DE TRABAJO - RESPONSABILIDAD PATRONAL POR MUERTE DE TRABAJADOR EN ACCIDENTE DE TRABAJO –

Procede la sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte demandante **JORGE ORLANDO PRIETO y OTRO** en contra de la sentencia dictada el 27 de abril de 2021 por el Juzgado TREINTA Y OCHO (38) Laboral Del Circuito De Bogotá.

ANTECEDENTES

JORGE ORLANDO PRIETO y JENNIFER ANDREA CLAVIJO, en representación de su menor hija **DANA MICHELL PRIETO CLAVIJO** por medio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral contra GEBRATEC S.A.S. Solicita se declare que existió contrato verbal de trabajo desde el 26 de setiembre de 2015 al 4 de diciembre de 2015 con el señor JAIRO ORLANDO PRIETO VARGAS; que dicha empresa es responsable por culpa patronal de la muerte de JAIRO ORLANDO PRIETO VARGAS acaecida el 4 de diciembre de 2015, al no adoptar las medidas de protección en las actividades que desempeñaba como auxiliar de construcción en la fecha en la que ocurrió el accidente de trabajo, ya que no le dieron capacitación; no inspeccionaron, ni tomaron las medidas necesarias de seguridad en el lugar donde ocurrió la muerte; siendo entonces responsable de la indemnización, por perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante; daño moral, indemnización por alteración a las condiciones de vida, daño emergente consolidado y futuro para la menor, extra y ultra petita.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Contestada la demanda dentro del término del traslado, se opone a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que fue contratado en labores de recolección de escombros, al momento del accidente de trabajo usaba los elementos de seguridad, siendo culpa exclusiva del trabajador víctima, pues se dirigió a un lugar que no le correspondía bajo su propio riesgo.

Como medios de defensa propusieron las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, culpa exclusiva de la víctima, exclusión de responsabilidad, no hay lugar a reconocimiento.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de abril de 2021 por el Juzgado TREINTA Y OCHO (38) Laboral Del Circuito De Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad GEBRATEC SAS de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por JORGE ORLANDO PRIETO y JENNIFER ANDREA CLAVIJO TORRES en representación de su menor hija DANNA MICHAEL PRIETO CLAVIJO, lo anterior específicamente por lo anotado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO: COSTAS. Sin costas en la instancia.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”

Para llegar a la presente decisión el A quo manifestó que:

La existencia del contrato de trabajo no está en discusión, existió un vínculo con la demandada desde el 25 de septiembre de 2015 al 4 de diciembre de 2015, contrato de trabajo verbal cuyo salario era el mínimo del año 2015, el accidente ocurrió en la carrera 20 No.15 -22, que reportado a la ARL POSITIVA el mismo día, reposa en el expediente pruebas del informe de positiva, accidente de trabajo de origen profesional, certificado de afiliación del 26 de septiembre de 2015 con el empleador registrado, se determina que se trata de demolición y retiro de escombros.

El empleador cumplió con lo establecido en el capítulo 2, título octavo del Código Sustantivo de Trabajo, que establece que los trabajadores dejan de estar a cargo del empleador cuando los afilian al sistema de seguridad social,

en este caso a riesgos profesionales; se encuentra acreditado mediante los testimonios de la demandada que cumplió con sus trabajadores, y conforme a la jurisprudencia de la Corte suprema, Sala Laboral, la responsabilidad en este caso es subjetiva, no solo la ocurrencia del hecho, es razón para considerar la culpa comprobada del empleador, por el contrario, debe demostrarse el daño a la integridad, prueba del incumplimiento del empleador en las afiliaciones a la seguridad social y riesgos laborales, requiere entonces demostrar la culpa leve, como la del padre de familia, el deber de tener cuidado mediano de sus negocios, deber de protección y seguridad.

El actor demostró que JAIRO ORLANDO PRIETO VARGAS falleció y las circunstancias de como ocurrió el deceso, no puede dilucidar el juzgador que fue lo que realmente ocurrió con las declaraciones que trajo en el juicio. Se encontraba demoliendo una plancha o se le cayó una pared, portaba los elementos de seguridad o no; luego entonces no puede llegarse a la conclusión que el empleador tiene una responsabilidad, tampoco pueden demostrarse los perjuicios en el caso de lograr imputar responsabilidad del empleador.

Del recurso de apelación de la parte demandante.

Son tres aspectos en los que basa la apelación: No tuvo en cuenta el tema de la duda razonable a favor del trabajador, en toda obra hay un jefe o capataz, pero en el caso concreto este dice que no se encontraba en el sitio; la responsabilidad patronal, pues JAIRO fallece por aplastamiento según el informe de medicina legal; y no se dio la capacitación requerida para realizar esas actividades.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la parte demandante presento dentro del término, manifestando que *no existe culpa de la víctima en la ocurrencia del accidente*, causal eximente de responsabilidad del empleador por el contrario o que si quedó probado y no fue desvirtuado por la pasiva es que hubo culpa debidamente probada por falta de identificación del riesgo que causa la muerte del trabajador la implementación de acciones las cuales estaba obligada previamente la demandada a fin de evitar la ocurrencia de acciones para garantizar la salud integral de los trabajadores sumado a que nunca hubo capacitación suficiente y entrega elementos de protección personal, muestra suficientes aspectos que influyen en la consecuencia fatal que afecta la vida y relación de mis poderdantes y sus familiares ya que es una pérdida irreparable a consecuencia de la negligencia del empleador.

En consonancia con lo anterior es procedente citar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral SL9355-2017

Radicación n.º 40457 Acta 22 del veintiuno (21) de junio de 2017, Magistrada ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, donde establece lo siguiente:

*“[...] (...) frente a las normas laborales **es diáfano que es el empleador el llamado a mitigar cualquier riesgo para salvaguardar la vida del trabajador en ejercicio de sus tareas.***

***Con otras palabras, no puede trasladarse al trabajador la obligación del empleador encaminada a procurar medidas y elementos adecuados de protección contra accidentes,** en forma que garantice razonablemente su seguridad tal y como lo exige el numeral 2 del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo. De ahí que tampoco resulte acorde a la filosofía tuitiva del derecho laboral, excusar la responsabilidad patronal en la posible incuria del trabajador, cuando como en el sub lite se tiene plenamente demostrada la omisión de protección por parte del empresario.*

Para que la empresa se hubiese hecho acreedora de esa eximente de responsabilidad, le correspondía acreditar que cumplió a cabalidad con las obligaciones inherentes a su condición, esto es, que suministró todos los elementos de seguridad, entre ellos la línea de vida fija y que desplegó las labores de supervisión, inspección, control y exigencia de las medidas respectivas, tendientes a garantizar la integridad y vida de su trabajador.

Es decir, de aceptarse que el trabajador no utilizó el arnés que le suministró la empresa y que de esa forma actuó confiado e imprudentemente, tal proceder no anula la negligencia del empleador al no haber instalado la línea de vida y al no haber advertido la forma en la que aquel desarrolló sus actividades laborales, lo que redundó en que el encargado no ejerció sus funciones de supervisión, control y exigencia del cumplimiento de las normas de seguridad, con lo cual, a no dudarlo, se configura la culpa del empleador en los resultados del fatal accidente y lo hace responsable de la indemnización plena de perjuicios prevista en el artículo 216 Código Sustantivo de Trabajo y, lo que, implica la revocatoria de la decisión de primer grado. [...]

Reitera que debe revocarse la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención al alcance de la apelación presentado por el apoderado de los demandantes le corresponde a esta Sala establecer si existió

responsabilidad por culpa patronal en la muerte del trabajador en accidente de trabajo.

De la relación que ató a las partes

No hay discusión y no es objeto de controversia la relación laboral que existió entre JAIRO ALBERTO PRIETO VARGAS y la demandada GEBRATEC S.A.S. desde el 25 de septiembre de 2015 al 4 de diciembre de 2015, contrato de trabajo verbal cuyo salario era el mínimo del año 2015, hasta el día que ocurrió el accidente.

Del caso concreto

Empezaremos de modo general, incumben al empleador obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el empleador”. Art. 56 C.S.T. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede determinar de manera general que el empleador será responsable de asumir las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento a sus obligaciones de protección y seguridad para con los trabajadores, razón por la cual deberá indemnizar los daños.

El accidente de trabajo, desarrolla brevemente la responsabilidad del trabajador y se afirma que esta se configura cuando el mismo incumple con las obligaciones que le fueron impartidas con anterioridad. Pues si bien los empleadores ponen a su disposición todas las medidas necesarias y tendientes a evitar un siniestro, ellos por su afán de salir rápido de sus tareas o por el simple hecho de ser una actividad que realizan de forma repetitiva adoptan conductas imprudentes que generan un accidente de trabajo, ocasionado bajo su responsabilidad.

Es importante en este punto enunciar sobre la clasificación sobre responsabilidad objetiva y subjetiva definida en la responsabilidad civil, con el objetivo de señalar que, en el campo de accidentes de trabajo, las consecuencias jurídicas de una u otra son asumidas por diferentes actores:
Tipos de Responsabilidad en Accidentes de Trabajo:

1. Objetiva: “Para su definición, basta al beneficiario de las prestaciones que de ella se desprende acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo con ocasión o como consecuencia del trabajo”, Esta responsabilidad será asumida por la Aseguradora de Riesgos Laborales a la cual se encuentre afiliado el trabajador. (Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2012)

2. Subjetiva: La responsabilidad civil subjetiva surge ante un acto antijurídico que causa un daño que ha de ser reparado. El carácter subjetivo le viene dado por el hecho de que el criterio de imputación subjetiva que utiliza es la culpabilidad del autor. El responsable de las consecuencias jurídicas es el empleador culpable del accidente de trabajo, que, con esa conducta ilícita, ha producido.

Por “culpa suficientemente comprobada del empleador” la Corte Suprema de Justicia ha determinado reiteradamente que no basta solo con probar la ocurrencia del infortunio “sino que, además, aparezca suficientemente acreditada la manera misma en la cual este aconteció (...) además de la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, la prueba del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, según lo señalado por el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 15 de marzo de 2017, Rad. 74121).

Esta expresión implica una exigencia impuesta por el legislador consistente en acreditar el nexo de causalidad existente entre las acciones u omisiones desplegadas por el empleador y el siniestro; de ahí que si se presenta un accidente de trabajo en la cual no hay claridad de los hechos, o no se logra evidenciar el incumplimiento de las obligaciones del empleador, pese a demostrarse el daño o perjuicio, este podría quedar eximido del pago de la indemnización consagrada el citado artículo 216. A renglón seguido, la norma en mención hace referencia a la culpa. De acuerdo con el artículo 63 del Código Civil Colombiano, existen tres clases de culpa: culpa grave, culpa leve, y culpa o descuido levísimo.

Frente a esto la Corte Suprema se ha pronunciado afirmando que los contratos de trabajo o los contratos de prestación de servicios revisten las características de bilaterales y conmutativos, razón por la cual se estaría frente a una culpa leve “que se predica de EXIMENTES DE CULPA PATRONAL EN ACCIDENTES DE TRABAJO... quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios (...) La abstención en el cumplimiento de la ‘diligencia y cuidado’ debidos en la administración de los negocios propios, en este caso las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 30 de Octubre de 2012, Rad. 39631).

La carga de la prueba está consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano en los artículos 1315, 1698, 1757 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual es aplicable a la legislación laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En este orden de ideas, es preciso analizar también en cabeza de quien se encuentra la carga probatoria. Frente a este punto, la Corte Suprema ha recalcado que “cuando el trabajador sea víctima de un accidente de trabajo, o sea diagnosticado con una enfermedad profesional, causada a su juicio por la culpa del empleador, y pretenda judicialmente el cobro de la indemnización ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del

C.S.T., tiene la carga de acreditar que el empleador no actuó con la debida diligencia y cuidado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 29 de abril del 2015 Rad. 44894).

Si bien la Corte lleva sosteniendo este mismo criterio desde hace más de 20 años, así lo evidencian fallos como el 4859 del 10 de Abril de 1975, providencias 4680 del 21 de Mayo de 1992, 9897 de 1997, 26126 del 2006 y 46841 del 2016, existen excepciones en las que la carga de la prueba se invierte y es el empleador quien debe asumir EXIMENTES DE CULPA PATRONAL EN ACCIDENTES DE TRABAJO, esta carga; así lo han dejado por sentado varias sentencias de este máximo tribunal, tales como la sentencia 22656 del 30 de junio de 2005 y el fallo del 7 de octubre de 2015 Rad. 49681 “cuando se plantea una «...culpa por abstención... la carga probatoria de demostrar la diligencia que se ha debido emplear para evitar accidentes laborales corre es a cargo del empleador (...) la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearlos”.

Tenemos entonces que en primer lugar tenemos certeza que JAIRO ALBERTO PRIETO VARGAS falleció el 4 de diciembre de 2015, en una obra en el centro de la ciudad de Bogotá, pero lo que no logro acreditar la parte demandante, además, fue la manera misma en la cual este aconteció, si ue mientras demolía una plancha o quitaba escombros al lado de una pared; tampoco logra acreditar si el empleador no cumplió con los deberes de protección y la seguridad que debía brindar a su trabajador, solo cita en el escrito de la demanda y los testigos no son claros en este punto.

En el escrito de la demanda inicial, nunca se dijo que el causante hubiese sido afiliado al sistema de seguridad social, pues bien, el demandado acredito que cumplió con este deber, tanto así, que la ARL POSITIVA reconoce el accidente de trabajo y no por ello se reconoce la responsabilidad del empleador, en este caso concreto de reconocimiento de la ARL, no importa quien ue responsable.

No está demostrada entonces la responsabilidad subjetiva del empleador, por el contrario los testimonios de MARIA JANETH ORTIZ, RAUL CASTRO PARRA, el interrogatorio del representante legal de la demandada, dan cuenta que el trabajador fue afiliado a la ARL, que tenía la dotación de seguridad, que no requería ningún curso de alturas por que se mantendría en el primer piso en la recolección de escombros, y que el día del deceso estaba en un lugar que estaba prohibido y señalizado el paso para peatones y trabajadores.

Entre tanto las declaraciones de JENNIFER CLAVIJO, JORGE ORLANDO PRIETO, GIOVANNY ERNANDEZ y ANGELA BERNAL, se enteraron del fallecimiento por el padre de JAIRO, no sabían dónde se encontraba trabajando, pero sabían que era en una obra, se enteraron de la muerte por el papa y sabían que era operario donde laboraba, sabían que no estaba

afiliado a seguridad social, motivo por el cual el despacho de primera instancia no dio relevancia a sus dichos.

El ad quo se pronunció a favor del empleador, bajo el argumento de una indebida actividad probatoria, es decir, no se logra demostrar la culpa del empleador en el accidente de trabajo y por ende no hay lugar a la indemnización consagrada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, pues esta fija como base para su procedencia una culpa suficientemente probada del empleador, tal y como sucedió en el caso bajo estudio. Así las cosas, le asiste razón al *A quo*, en el sentido que con las pruebas recaudadas no se logró demostrar los motivos invocados por el demandante y como consecuencia, se confirma la sentencia apelada conforme a lo expuesto en la parte motiva.

En mérito de lo expuesto, la sala Laboral De Bogotá. Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 27 de abril de 2021 por el Juzgado TREINTA Y OCHO (38) Laboral Del Circuito De Bogotá, en el proceso ordinario laboral de **JORGE ORLANDO PRIETO y JENNIFER ANDREA CLAVIJO**, en representación de su menor hija **DANA MICHELL PRIETO CLAVIJO** contra GEBRATEC S.A.S. conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005202100247-01

En Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior,

El suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Honorarios – contrato de prestación de servicios profesionales de abogado acción prescrita o no.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, calendada el 7 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario promovido por **ORLANDO MORENO ZAPATA** en contra de **LUIS CARLOS OVALLE PEÑA**.

ANTECEDENTES

ORLANDO MORENO ZAPATA promovió demanda ordinaria laboral en contra de LUIS CARLOS OVALLE PEÑA para que, previa declaración de la existencia de una relación laboral soportada en un contrato de prestación de servicios profesionales, se condene al demandado, al pago de los honorarios profesionales, junto con los intereses legales, las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, Con fecha 17 de junio de 2014, el demandante y el demandado, firmaron Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, con el siguiente objeto: EL ABOGADO de manera independiente, es decir sin que exista subordinación jurídica ni laboral, utilizando sus propios medios, prestará asesoría jurídica y promoverá DEMANDA ORDINARIA DE PRESCRIPCIÓN ORDINARIA ADQUISITIVA DEL DOMINIO sobre el inmueble identificado con **Matricula Inmobiliaria No. 050C – 903731**; los Honorarios Profesionales

los fijaron bajo la modalidad de Cuota Litis, pues el Abogado asumiría con todos los gastos que se presentaran dentro del proceso y en vista que sobre el inmueble pesaba un proceso ejecutivo, el cual ya tenía el embargo registrado y estaba pronto a secuestrarse y rematarse por cuenta de un acreedor ejecutivo, es decir el inmueble lo tenía perdido el hoy demandado; la cuantía pactada por concepto de Honorarios Profesionales por tratarse de la modalidad de Cuota Litis, la fijaron en un porcentaje del “30% DEL TOTAL DE LO QUE SE OBTENGA A FAVOR DEL DEMANDANTE”.

Argumenta que cumplió con éxito en todo lo mencionado en el contrato de prestación de servicios, pues el señor ORLANDO MORENO ZAPATA, promovió la demanda que le encargo al señor LUIS CARLOS OVALLE PEÑA, el día 01 de agosto de 2014, correspondiéndole al Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá bajo el Radicado **11001310300120140049800**, el trabajo duró más de tres años y medio atendiendo todos los requerimientos judiciales, presentando memoriales, haciendo notificaciones, emplazamientos, sin dejar vencer los términos de ley, enfrentando un acreedor hipotecario como tercer interesado, asistiendo a la Inspección Judicial citando los testigos, ejerciendo la vigilancia Judicial propia del proceso, efectuando los alegatos de conclusión, haciendo actos de señor y dueño a nombre del señor LUIS CARLOS OVALLE PEÑA, pues él reside en Australia tal como se desprende de la Sentencia del Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá. Igualmente defendió el inmueble en la instancia superior ante el Tribunal Superior de Bogotá, en Apelación la cual gano, junto con un Recurso de Súplica, la cual también gano ante esa misma corporación.

Por toda la gestión que efectuó ante los juzgados y tribunales el apoderado ORLANDO MORENO ZAPATA, obtuvo a favor del señor LUIS CARLOS OVALLE PEÑA hoy demandado, la Propiedad del Inmueble objeto de este proceso.

El señor LUIS CARLOS OVALLE PEÑA, no dio cumplimiento al pago de Los Honorarios Profesionales pactados en la Cláusula Segunda, consistentes en el 30% del Total que se obtuvo a favor de él, en concordancia con la cláusula cuarta del CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS firmado el día 17 de junio de 2014, y ratificado por las partes de forma verbal el día 5 de julio de 2017.

Como la obligación en referencia procede del deudor LUIS CARLOS OVALLE PEÑA, quien previamente reconoció deberla pues con la firma en el contrato de prestación de servicios se comprometió al pago de esos honorarios, al tenor de lo dispuesto en los Art. 70 y ss. del C. P. del T. y Concordantes del C. G. P.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, el señor LUIS CARLOS OVALLE PEÑA, por intermedio de apoderada, dio contestación oportuna a la misma, mediante escrito visible en el expediente digital, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; aceptó que contrato los servicios profesionales del demandante, para que tramitara a su favor proceso ordinario prescripción adquisitiva de dominio; no obstante, niega parte de los hechos de la demanda; no propuso excepciones previas y en la contestación propone las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido y no haber operado la interrupción de la prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 7 de julio de 2022, declaró probada la excepción de prescripción y absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, condenando en costas de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes al demandante ORLANDO MORENO ZAPATA.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que dentro del proceso quedó demostrado que el demandante, asesoró e impetró demanda de pertenencia a favor del demandado, y tenía suscrito un contrato de prestación de servicios profesionales; al finalizar la gestión se hace exigible la obligación, es decir el pago de los honorarios, cuando entonces nace facultad de exigir esa obligación?; cuando el Juzgado Cincuenta (50) Civil del Circuito de Bogotá, emite el auto de obedézcase y cúmplase lo ordenado por el superior (folio 42 archivo pdf); tenía entonces el demandante hasta el 7 de diciembre de 2020, para demandar y por ende interrumpir la prescripción, así no sea considerado un trabajador; en el caso concreto se tuvo en cuenta por parte del ad quo, que se interrumpieron los términos en la pandemia, conforme al Decreto 564 de 2020, por un periodo de 3 meses y 14 días, quiere entonces decir lo anterior, que el demandante se vio beneficiado de esa interrupción, y luego, tenía hasta el mes de abril de 2021, para hacerlo, y revisado el expediente se tiene que la demanda fue presentada el 20 de mayo de 2021, quiere decir que el aspecto de la exigibilidad del derecho no se hizo dentro del término, por la cual declara probada la prescripción como excepción de mérito.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentado que, se hizo una apreciación subjetiva, pues no tuvo en cuenta la excepción cuarta, el demandado manifiesta que desde el 1 de marzo de 2018 empieza a correr el término de prescripción, los diferentes acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, suspendieron

los términos por motivos de la pandemia del COVID 19, términos suspendidos de 3 meses y 21 días; la demanda tuvo que haberse presentado hasta antes del mes de julio de 2021, según sus cuentas y considera que esta dentro del término, pidiendo al juzgado que corrija su sentencia, pues el juzgado fijo una fecha que no tiene sustento, según su sentir.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio. No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandante, considera la Sala, que el problema jurídico a decantar se contrae, en determinar si la acción se encuentra prescrita o no. En caso de que no se encuentre viable la excepción de prescripción, se ordenara que continúe analizando, si al demandante le asiste o no el derecho al reconocimiento de honorarios, cual fue la gestión realizada y cuál sería la cuantía o suma que le correspondería por honorarios con ocasión del proceso ordinario de prescripción adquisitiva de dominio que dio lugar a la declaratoria de derecho real de dominio a favor de LUIS CARLOS OVALLE PEÑA.

Procedencia del fenómeno de la Prescripción respecto de la exigibilidad de los honorarios reclamados por la parte actora.

Aclarado como quedó la existencia del contrato de prestación de servicios, la Sala analizará la procedencia de la excepción de prescripción planteada por la parte demandante.

Los artículos 488 y 489 del C.S.T. y de la S.S., en armonía con el art. 151 del C.P.L., regulan en su integridad y en forma autónoma y exclusiva lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales dejando por sentado que el término prescriptivo para el reclamo de las prestaciones sociales de carácter laboral es de tres años¹; interregno que para efectos laborales debe contabilizarse desde la fecha en que se hizo exigible² la obligación o se haya causado el derecho.

En punto a la interrupción de la prescripción, la misma ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita del trabajador sobre los

¹ Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, sentencia del 18 de diciembre de 1954, 4 de noviembre de 2009 Rad.: 36567M.P.: LUÍS JAVIER OSORIO LÓPEZ, sentencia del 24 de noviembre de 2009 Rad.: 35788 M.P.: FRANCISCO JAVIER RICAURTE, fallo del 1º de marzo de 2011 Rad.: 40206 M.P GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA y Sentencia del 12 de marzo de 2014 Rad.: 44069 M.P.: LUÍS GABRIEL BUELVAS.

² La exigibilidad de las obligaciones se predica desde cuando estando sometidas a plazo o condición, acaece aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples.

derechos claramente determinados o, con la presentación de la demanda siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 90 del C.P.C. aplicable por analogía al procedimiento laboral y exclusivamente en éste aspecto³.

En el caso sub examine, el actor presenta demanda el 20 de mayo de 2021 conforme se observa en el expediente digital, con el propósito de obtener el pago de los honorarios pactados a los que considera tener derecho por haber representado en un proceso de prescripción adquisitiva de dominio al demandado, reclamo que en términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia suple el reclamo previsto en el art. 488 del CST, para interrumpir la prescripción.

Tal como quedó establecido, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el momento en que se hace exigible la obligación, Es el auto de 6 de diciembre de 2017, emanado por el Juzgado Cincuenta Laboral del circuito de Bogotá, que obedece y cumple lo resuelto por el superior, quedando en firme el 7 de diciembre de 2017, a partir de esa fecha la parte demandante tenía tres años para hacer la reclamación o demandar, es decir, en principio sería hasta el 7 de diciembre de 2020.

De manera que, hay que tener en cuenta el Decreto 564 de 2020 y los diferentes acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, que se emitió en virtud de la pandemia COVID- 19, donde se efectúan precisiones respecto a la suspensión de términos de prescripción y caducidad, en virtud de colegirse que el computo del termino fue suspendido desde el 16 de marzo de 2020 y hasta el 30 de junio de 2020, en resumidas cuentas, tres (3) meses y catorce (14) días, tal y como lo expuso el ad quo.

Luego entonces, si sumamos esos tres meses y catorce días, al 7 de diciembre de 2020, la demanda debió radicarse, el veintiuno (21) de marzo de 2021 y como quiera que de acuerdo a lo que reposa en el expediente digital, se realizó en un término muy superior a los tres años de que trata la norma, se dirá entonces que el reconocimiento solicitado se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción.

Al margen de lo hasta aquí expuesto, se tiene entonces que si bien la relación contractual culminó el 7 de diciembre de 2017, el demandante tenía hasta el mismo día y mes del año 2020, para activar el aparato judicial y reclamar sus honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios lo cual no aconteció en el presente evento, a pesar de la suspensión de términos por la pandemia COVID-19, la presentación de la demanda data del 20 de mayo de 2021, es decir, con posterioridad la cual tampoco tiene la virtud de interrumpir el término prescriptivo, encontrándose por tanto prescritos los derechos reclamados.

³ Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, sentencias del 16 de septiembre y 13 de diciembre de 2001, radicaciones 15791 y 16725, respectivamente, al igual que en la de 7 de marzo de 2003, radicación 18515 y 31 de mayo de 2007 Radicación 26506.

Lo anterior implica necesariamente, que el juez de primera instancia acertó al negar las pretensiones de la demanda y absolver a la parte demandada, por cuanto el profesional del derecho ejercitó las acciones que tenía a su alcance por fuera del término legal consagrado para efectos de reclamar el pago de sus honorarios profesionales adeudados por su poderdante, por encontrarse afectados del fenómeno de la prescripción, por tal razón se impone confirmar la sentencia consultada. Costas en esta Instancia a cargo de la parte que recurrió.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferido el 7 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la parte demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**
Magistrado ponente

Expediente 110013105038201600962-01

En Bogotá D.C. a los veintiocho (28) días del mes de abril de dos mil veintitrés (2023), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

TEMA: Seguridad Social – Reliquidación pensión vejez.

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de LIBERTY SEGUROS S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de enero de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró ROSA ELBA GONZÁLEZ URIBE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LIBERTY SEGUROS S.A., OLD MUTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., OLD MUTUAL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y como Litisconsorcio Necesario OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en tanto la decisión no fue apelada, y la misma en primer grado fue adversa a sus intereses.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

AUTO

Previo a ello se reconoce personería adjetiva a la Dra. MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS para que actué como apoderada de la demandada COLPENSIONES, conforme al poder allegado al proceso con los alegatos de conclusión.

ANTECEDENTES

ROSA ELBA GONZALEZ URIBE, llamó a juicio a COLPENSIONES, para que se ordene la inclusión en su historia laboral 112.74 semanas de aportes a pensión, registrados con observación e inconsistencia y se ordene la

reliquidación de la pensión de vejez desde el 5 de octubre de 2010, teniendo en cuenta lo cotizado durante toda la vida laboral no fue aplicando una tasa de reemplazo del 90% por ser beneficiario del régimen de transición, cancelación del retroactivo de las mesadas pensional, intereses moratorios, indexación, facultades extra y ultrapetita, costas y agencias en derecho, además del incremento pensional del Acuerdo 049 de 1990, por tener a cargo su conyugue.

De igual forma a LIBERTY SEGUROS S.A., OLD MUTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., OLD MUTUAL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y como Litisconsorcio Necesario OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, para que respondan por las inconsistencias en sus portes a la seguridad social ante COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones señaló que nació el 5 de octubre de 1957, cumpliendo 55 años de edad el mismo día y mes del año 2010, que de acuerdo a la historia laboral del 25 de octubre de 2016 registra cotizaciones del 1 de octubre de 1973 y 31 de diciembre de 2009, un total de 1.207 semanas, que mantuvo vínculo laboral con las empresas del grupo SKANDIA según certificación 17 de mayo de 1993 al 20 de diciembre de 2009 de 27 de noviembre de 2009; SKANDIA Y LIBERTY realizaron aportes con inconsistencias de acuerdo a certificación de COLPENSIONES, que aparecen pagos de cotizaciones posteriores, lo que hace que se presenten inconsistencias y algunos no aparecen aportes a la historia laboral, un total de semanas inconsistentes a 58,84 que no fueron tenidas en cuenta para la liquidación de la actora; es beneficiaria del régimen de transición, pues tenía 1207 más las 58,84 reflejan 1266,3 semanas inconsistencia que la hace beneficiaria a dicho régimen, y que se encuentra casada y su conyugue tiene dependencia económica de ella por lo que tiene derecho a que se aplique el Acuerdo 049 de 1990, que mediante Resolución No. 09671 de marzo de 2012 el ISS, reconoce la pensión a partir de 5 octubre de 2010, aplicando una tasa de reemplazo del 84% a un ingreso base de liquidación de \$1.996.011.00 pesos, interponiendo recurso de reposición y apelación solicitando el 90% de la tasa de reemplazo y solicita requerir a los empleadores y el incremento del 14% por su conyugue dependiente, mediante resolución No. 23851 de 2012 se desata el recurso de reposición confirmando y no proceden más recursos, mediante resolución luego interpone recurso de queja 3 de agosto de 2012 y luego se expide la Resolución BPB7953 DE 2013, notificada en enero de 2014, se resolvió el recurso de apelación, modificando el acto impugnado, resolviendo reconocer la pensión en cuantía de 2087517 a partir del 5 de octubre de 2010 aplicando una tasa de reemplazo del 87%.

COLPENSIONES, al responder la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos señaló que se aplicó el IBL más favorable a la demandante conforme a lo establecido en la ley y que las

resultas de la pensión tiene que ver con las relaciones laborales con terceros y que no tiene relación con ello.

Propuso como excepciones las que denomino; inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

LIBERTY SEGUROS S.A., al responder la demanda, se opuso a las pretensiones. Relaciona los cargos que tuvo la demandante y no admite los hechos de la demanda. Propuso como excepciones las que denomino; inexistencia del derecho, innominada o genérica.

OLD MUTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., Se opone a las pretensiones de la demanda, manifiesta cuando presta sus servicios en el marco de una sustitución de empleadores, niega los hechos de la demanda, que hizo todos sus aportes. Propone como excepciones falta de legitimación en la causa, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

OLD MUTUAL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A.; en términos similares a la anterior se pronuncia, que la entidad realizó todos los aportes y las mismas excepciones.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, se opone a las pretensiones, niega los hechos y menciona cuando estuvo vinculada la demandante, como medios exceptivos propone inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia de 25 de enero de 2022, resolvió;

“ PRIMERO: DECLARAR que la demandante tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluya en su historia laboral 112.74 semanas de aportes a pensión, registrados con observación e inconsistencia y en consecuencia, que la demandante tiene derecho a que se reliquide su pensión de vejez, aplicando una tasa de remplazo del 90% sobre el ingreso base de liquidación, en los términos del parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, dada su condición de beneficiaria del régimen de transición. Lo anterior, específicamente por lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida a la demandante en los términos del artículo Acuerdo 049 de 1990, en condición de beneficiaria del régimen de transición, fijando el valor de la primera mesada pensional en la suma de \$2.148.132, a partir del 05 de octubre de 2010, debiendo proceder a cancelar las

diferencias generadas entre lo efectivamente sufragado y lo que se debió pagado por concepto de mesadas pensionales a la demandante.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar intereses moratorios sobre el importe de los valores cancelados o que se cancelen a la demandante, por concepto de mesadas pensionales del 05 de octubre de 2010 al 31 de marzo de 2012, a partir del 05 de junio de 2011, y hasta cuando se incluyó el correspondiente pago en nómina de abril de 2012, así como intereses moratorios sobre las diferencias de mesadas pensionales generadas en virtud de la reliquidación que procede en la presente sentencia, que corren igualmente desde el 05 de junio de 2011 y mes a mes, hasta cuando se cancelen los valores correspondientes. Lo anterior, a la tasa máxima de interés moratorio vigente certificada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA al momento en que se efectuó el pago, teniendo en cuenta la fecha de causación de cada una de las mesadas y de sus reajustes, respectivamente para el efecto.

CUARTO: AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a para que del retroactivo de diferencias de mesadas pensionales a que tiene derecho la demandante, descuenta en el porcentaje que en derecho corresponde, los aportes pertinentes destino al Sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las demás suplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: ABSTENERSE de imponer cargas a las entidades convocadas a juicio en calidad de empleadoras de la demandante, pues su responsabilidad en cuanto al pago de eventuales cotizaciones en mora, deberá ser determinada por COLPENSIONES en el trámite que procede dentro de este escenario, en el marco de cobro de aportes pensionales, en donde se le deberá garantizar el debido proceso y el derecho de defensa, particularmente en relación con las cotizaciones que se han echado de menos en el presente trámite procesal. Lo anterior, para el cobro de los aportes cuya inclusión se ordenó, en la forma expuesta en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas y se considera relevado del estudio de las planteada frente a las absoluciones que proceden.

OCTAVO: COSTAS lo serán a cargo de COLPENSIONES, en firme la presente providencia por Secretaría, practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3'000.000 en favor de la demandante.

NOVENO: Si no fuera apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el superior.”

Como fundamento se su decisión manifestó; que la reclamación administrativa se encontraba agotada en debida forma, no es objeto de controversia el estatus de pensionada, pues el ISS mediante Resolución BPB 7953 del 1 de diciembre de 2013, notificada en enero de 2014, se resolvió el

recurso de apelación, modificando el acto impugnado, resolviendo reconocer la pensión en cuantía de 2.087.517 a partir del 5 de octubre de 2010 aplicando una tasa de reemplazo del 87%.

Acreditada la condición de pensionada, beneficiaria del régimen de transición, para referirse a la reliquidación de la pensión vejez, advierte el despacho que entre el 17 de mayo de 1993 al 17 de diciembre de 2009, presto sus servicios en las compañías del grupo SKANDIA, estas son LIBERTY SEGUROS S.A., OLD MUTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., OLD MUTUAL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y como Litisconsorcio Necesario OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, con el reporte de semanas cotizadas en pensiones del 7 de julio de 2020, aportado por COLPENSIONES, se tiene que la demandada cuenta con 1223 semanas, aun la historia laboral sigue presentando inconsistencias, que deben ser subsanadas por requerimiento de COLPENSIONES a las empresas antes citadas, tal y como lo se encuentra prescrito en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sala laboral, radicado 31768 del 2 de diciembre de 2008, MP.ELCY DEL PILAR CUELLO CALDERON.

En el presente asunto proceden todos los tiempos laborados por la demandante, esto en virtud del contrato de trabajo, a pesar de las distintas sustituciones patronales, sin interrupción, pues no existe excusa para que los empleadores hubiesen dejado de pagar los aportes, entonces COLPENSIONES debe cobrar a los empleadores, pues la demandante cumplió la carga de la prueba para demostrar que estuvo trabajando todo el periodo entre el 17 de mayo de 1993 al 17 de diciembre de 2009, debe entonces incluirse todas las semanas a pesar de las inconsistencias. (112,74 semanas).

Por lo anterior son más de 1250 semanas, por lo que debe tomarse el 90% IBL, del promedio salarios percibidos de los últimos 10 años de servicio, correspondiente a un ingreso base de liquidación, da un valor de \$2.386.814, con corte 5 de octubre de 2010, por lo que al aplicarle la base de liquidación da un valor de \$2.148.132.00, debiendo entonces pagarle la diferencias y se autoriza a COLPENSIONES descuento lo pertinente a lo de seguridad social en salud, y pagar los intereses moratorios.

Las personas amparadas por el régimen de transición, las normas no pierden vigencia con la expedición de la Ley 100 de 1993, dentro de este contexto es viable aplicar esas previsiones a la demandante, se encuentra reconocida la pensión bajo el régimen de transición y por ello se aplica el Acuerdo 049 de 1990, y los incrementos del 14 por ciento, fue derogado por una sentencia de carácter constitucional, por lo que el despacho niega esa pretensión, al igual que el incremento por personas a cargo, en este caso su conyugue.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandada LIBERTY SEGUROS S.A. interpone recurso de apelación a fin de que se revoque por no estar de acuerdo con la reliquidación que se

ordena, parcialmente interpone recurso en lo que tiene que ver con el numeral 6., pues considera que no impone cargas a las demandadas, pero hace aplicación de deuda a la entidad que represento, por lo que queda facultada COLPENSIONES para perseguir a la entidad; no comparte las inconsistencias que advierte el despacho, en el expediente administrativo 20201016 historia laboral aparecen completos los aportes hasta 1994, lo que refleja la inconformidad del recurrente, pues se reportaron semanas simultaneas.

Debe absolverse a la entidad y no permitir que COLPENSIONES, Historia Laboral que fue allegada al requerimiento del despacho, se observa en la página 34 que SKANDIA el 7 de marzo de 1996 paga los factores que el despacho, menciona en el año 1996.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado la demandada COLPENSIONES manifestó respecto al caso en cuestión, se comprobó la existencia de una mora patronal, por lo que, al no haber acreditado las acciones de cobro frente al empleador, recae la responsabilidad sobre la entidad, de manera que procede el reconocimiento de dichos periodos y por lo tanto la reliquidación. En este sentido respecto al numeral 6 del fallo de fecha 25 de enero de 2022 del Juzgado 38 laboral del circuito de Bogotá, mi representada esta en toda la facultad de iniciar el cobro coactivo ante los empleadores que incurrieron en mora respecto a las cotizaciones en el sistema.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Le corresponde determinar a la Sala, si en efecto le asiste el derecho a la señora Sara Milena Pachón Delgado a que se reliquide la pensión con lo cotizado en toda la vida laboral, inclusive durante el periodo 17 de mayo de 1993 al 20 de diciembre de 2009 que presto servicios sin interrupción a las empresas del grupo SKANDIA, estas son LIBERTY SEGUROS S.A., OLD MUTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., OLD MUTUAL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y como Litisconsorcio Necesario OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, y si se aplica el Acuerdo 049 de 1990, Decreto 158 de 1990 y artículo 6 de la Ley 100 de 1993.

Del status pensional:

Tal como lo advirtió la Juez primigenio, el ISS mediante Resolución BPB 7953 del 1 de diciembre de 2013, notificada en enero de 2014, se resolvió el recurso de apelación, modificando el acto impugnado, resolviendo reconocer la pensión en cuantía de 2.087.517 a partir del 5 de octubre de 2010 aplicando una tasa de reemplazo del 87%.

De la reliquidación pensional.

Acerca del ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, para aquellos afiliados que son beneficiarios del régimen de transición pensional, conforme lo explicado en las sentencias CSJ SL, 1 mar. 2011, rad. 40552¹, reiterada en la del 17 jul. 2013, rad. 45712², entre otras, debe liquidarse de acuerdo con el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o en su defecto con el artículo 21 de la misma Ley 100 de 1993, dependiendo si para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el 1° de abril de 1994, al afiliado le faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, evento en el cual el ingreso base de liquidación deberá ser el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, debidamente indexado; y para los casos en que para la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, el afiliado le faltare 10 o más años para adquirir el derecho, el ingreso base de liquidación corresponde al promedio de los salarios sobre los cuales cotizó durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o el de todo el tiempo de la vida laboral, si fuere superior, siempre que haya cotizado 1.250 semanas como mínimo, de manera que el mismo no se determina por la normatividad anterior.

Frente al cálculo del IBL respecto de los beneficiarios del Régimen de Transición señaló la misma corporación en sentencia CSJ - SL del 18 febrero de 2015, rad. 53416:

“Y ello es así por la potísima razón de que el llamado IBL de las pensiones reguladas por el régimen de transición se rige por lo previsto en el mentado inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando al afiliado le faltaban ‘menos’ de 10 años para

¹ “Como quedó visto en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba <menos> de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la citada Ley 100. Empero, para quienes les faltare <más> de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 ibídem, norma que el censor también enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el *“promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión”*, o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

² “[...] Así las cosas, para quienes les faltare más de 10 años, el IBL será el consagrado **en el artículo 21** de la Ley de Seguridad Social, esto es, *“el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión”* o el promedio del ingreso base de cotización ajustado por inflación, **calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del asegurado, si resulta superior al anterior siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo.**”

“De tal modo, que al haber tomado el *ad quem* el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, como norma aplicable en materia de IBL para este particular asunto, en el que el actor cotizó al sistema de seguridad social integral más de 1250 semanas, concretamente 1480, es dable optar por el IBL que le resultare más favorable al afiliado, y desde esta perspectiva la Colegiatura, no vulneró la ley en la forma en que le enrostra la censura.”

“Y ello es así, por cuanto, se reitera, cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, al demandante le hacían falta más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues reunió requisitos al cumplir la edad de 60 años el 16 de octubre de 2007, razón por la cual tal como lo sostuvo el Tribunal, **pese a que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley de Seguridad Social, el ingreso base de cotización de su prestación no se regía por esa disposición sino por el artículo 21 ibídem.**”

“Dicho criterio ha sido acogido por esta Corporación, entre otras, en la sentencia 37246 del 22 de enero de 2013, que reitera la proferida el 1° de marzo de 2011, Rad. 40552.)

completar las exigencias del régimen pensional anterior al que aspira el interesado, pues, cuando le faltaban ‘más’ de esos 10 años, a falta de expresa regulación, el referido IBL se sigue por el artículo 21 de la misma normativa. Ahora, en ambos casos, se preferirá el de toda la vida laboral cuando éste fuere más ‘favorable’ al del tiempo que le faltaba al interesado cuando fuere ese tiempo menor de los dichos 10 años; o al de los 10 años, si el que le faltare fuere superior, pero siempre que en este último evento hubiese cotizado 1.250 semanas.” (Negrilla fuera de texto)

En este orden de ideas, y en el caso particular de la demandante, al momento de entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones, le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho por lo que el ingreso base de liquidación se debe establecer conforme al sistema general de pensiones.

El artículo 21 de la Ley 100 de 1993 establece que:

“ARTICULO. 21. Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo”. (Negrilla fuera de texto)

En síntesis, el citado artículo dispone que el ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo.

En el caso concreto, como quiera que la demandante cumplió 55 años de edad el 5 de octubre de 2010, tal y como se acredita en la copia de su cédula de ciudadanía visible en el expediente, por lo que le faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, contados desde el 1 de abril de 1994, y por lo anterior son más de 1250 semanas, por lo que debe tomarse el 90% IBL, del promedio salarios percibidos de los últimos 10 años

de servicio, correspondiente a un ingreso base de liquidación, da un valor de \$2.386.814, con corte 5 de octubre de 2010, por lo que al aplicarle la base de liquidación da un valor de \$2.148.132.00, debiendo entonces pagarle la diferencias y se autoriza a COLPENSIONES descuenta lo pertinente a lo de seguridad social en salud, y pagar los intereses moratorios, superando el monto del valor reconocido inicialmente por COLPENSIONES.

Respecto a que existen inconsistencias en la historia laboral de la demandante, en el transcurrir del proceso se demostró que estuvo vinculada a las empresas demandadas, y por ello, tal y como lo dispuso la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, dentro del radicado 31768 del 2 de diciembre de 2008;

“Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

“Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro. “El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

“Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

“Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado”.

En el caso concreto de la insatisfacción del recurrente en lo relacionado parcialmente con la parte resolutive del numeral sexto, respecto a que no coinciden los argumentos del ad quo, con las pruebas documentales, específicamente lo relacionado a las cotizaciones de 1993, 1994 y 1996,

para esta sala no son de recibo sus argumentos, debido a que el fallo de primera instancia es claro que no impone ninguna obligación a las demandadas, y entrega la facultad a COLPENSIONES de revisar y realizar las acciones tendientes a recuperar esos recursos que los empleadores no cotizaron, salvaguardando el debido proceso, donde podrá demostrar que efectivamente pagaron o no; tal y como lo ratifica COLPENSIONES en sus alegaciones de conclusión.

Conforme a las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia proferida el 25 de enero de 2012. Costas en esta instancia, para el recurrente LIBERTY SEGUROS S.A. por las resultas del proceso y en favor de la demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2022 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ROSA ELBA GONZÁLEZ URIBE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LIBERTY SEGUROS S.A., OLD MUTUAL SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., OLD MUTUAL COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A. y como Litisconsorcio Necesario OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada LIBERTY SEGUROS S.A., por la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante.

Notifíquese y cúmplase,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado