



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS ERNESTO GONZALEZ ROJAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 007 2021 00402 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de diciembre de 2022.

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

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia que el Juzgado primigenio aplicó el precedente judicial vertical que ha puntualizado con claridad absoluta en el sentido de señalar que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible.

COLPENSIONES., manifestó que de las pruebas aportadas al proceso, no hubo engaño por parte de las Administradora del Fondo Privado al momento

de suscribir el formulario de afiliación, ya que no se advierte que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales se allegó ni menos resultaron demostrados en el proceso; resaltó que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54^a del CPT.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en estuvo afiliado desde el 18 de diciembre de 1995 hasta el 31 de mayo de 2014 al Instituto de los Seguros Sociales; que se trasladó a Porvenir S.A., en junio de 2014; que al momento de la afiliación no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre los dos regímenes pensiones. Como fundamento normativo, citó la ley 100 de 1993, los artículos 610 a 612 del Código General del Proceso, el Código Civil, y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado al RAIS fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del Régimen. Propuso las excepciones de

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de diciembre de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: ✓ El señor LUÍS ERNESTO GONZÁLEZ ROJAS con la AFP PORVENIR el 22 de abril de 2014 contenida en el formulario No. 41175.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el LUÍS ERNESTO GONZÁLEZ ROJAS dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.”

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna que se demostrara que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento; que el actor no se encuentra en un régimen de transición; así como tampoco de conformidad con los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia no se logró establecer la falta al deber de información, ya que el demandante no prueba la inadecuada asesoría alegada, toda vez que si bien se traslada la carga de la prueba a las AFP, la información brindada se prueba con el formulario de afiliación; señaló que con la declaratoria de ineficacia se genera una descapitalización del sistema pensional, ya que pone en riesgo la garantía de la pensión a los demás cotizantes; por otro lado, solicitó se revoque la condena en costas, ya que el artículo 48 de la Constitución Política prevé que la seguridad social es un servicio público en el que no se podrán destinar los recursos de las instituciones de seguridad social deferentes a ella, teniendo en cuenta que la Entidad no participo en el negocio jurídico celebrado.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial en contra del numeral tercero de la sentencia de instancia, frente al traslado de los gastos de administración, seguros previsionales y dineros dirigidos a la garantía de pensión mínima debidamente indexados; con fundamento en que no hay razón alguna para que se condene a la AFP a generar dicha devolución, teniendo en cuenta que corresponden a una obligación de tracto sucesivo, por lo que dichas sumas no entran dentro de los dineros con los cuales se entraría a financiar la prestación pensional, en

caso del que demandante se hubiere pensionado con el RAIS; son dineros que la Ley 100 de 1993 ha estipulado como una cuota de administración que se materializa en la buena gestión que realizó la entidad de los aportes durante el tiempo que estuvo vinculado; así como también se generaría un enriquecimiento sin justa causa favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 22 de abril de 2014.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración entre otros debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

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

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de diciembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

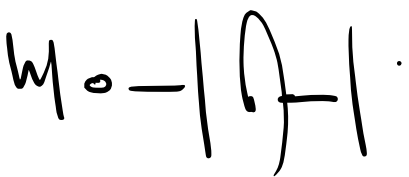
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NOHORA ADRIANA RODRIGUEZ FORERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 008 2021 00199 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de diciembre de 2022.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales, se alegaron o menos resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

I. ANTECEDENTES

La para demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, de los aportes, junto con sus rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 6 de abril de 1966; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 20 de noviembre de 1992; que el 30 de mayo de 2001, se trasladó a Porvenir S.A., sin que dicho fondo le hubiera suministrado la información adecuada y completa acerca de los regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48, 49, 53, 335 de la Constitución Política, los artículo 1603 y 1746 del Código Civil, los artículos 1,2,3,4,8,10,11,12,13,14,21,33,34,36,64,97,100 y 272 de la Ley 100 de 1993, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Decreto 656 de 1994, las Circulares de la Superintendencia Financiera, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado N°31989 de 2008, 31314 de 2008, 47125 de 2017, 46292 de 2017, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS; precisó que el traslado se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el

traslado que realizó la demandante en el año 2001, se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se apreciaba en la solicitud de vinculación. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional de la señora NOHORA ADRIANA RODRÍGUEZ FORERO, realizado del régimen de prima media al RAIS, por acaecido el 30 de mayo de 2001, mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la señora NOHORA ADRIANA RODRÍGUEZ FORERO.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido por motivo de la afiliación de la señora NOHORA ADRIANA RODRÍGUEZ FORERO, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelvan PORVENIR, que reposaban o reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR, fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resultó adversa a Colpensiones, ENVIAR el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, D.C. –Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en favor de dicha entidad.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, de igual manera la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como, SL 123 de 2014, SL 9804 de 2015 mencionan que las AFP tienen la obligación del deber de información y buen consejo, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma

precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información. Así las cosas, se puede entender que la falta de información de las AFP eventualmente se puede constituir como un atentado en contra de los derechos del trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia de forma parcial; al considerar que, si bien existe una precedente del órgano de cierre de la jurisdicción, no se debe aplicar de manera objetiva, ya que deben analizarse las circunstancias de cada caso en concreto y por tal razón no resulta factible condenar a la devolución de los gastos de administración, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media se destina un tres por ciento de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensiones de invalidez y sobrevivencia; los cuales no son parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción; ya que la Superintendencia Financiera de Colombia ha manifestado que en los eventos de que se declare la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro sin que proceda la devolución de prima de seguros previsionales, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, así como tampoco la comisión de administración; precisó que en lo referente a la indexación el Tribunal Superior Sala Laboral de Cali considera que no hay lugar a dicha imposición, en virtud de que el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, generándose de esta manera un enriquecimiento sin justa causa a Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 30 de mayo de 2001.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

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

CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

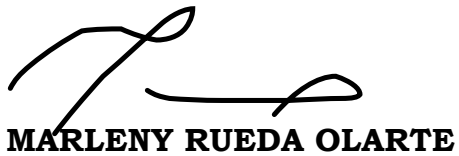
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ADRIANA LÓPEZ CIFUENTES CONTRA EDIFICIO CASTILLA PH SOLIDARIAMENTE IVONNE PATRICIA HERNANDEZ, SILVIA MANICINI, LUIS FERNANDO VASQUEZ LALINDE Y TEMPORALES DE SOPORTE LTDA.

RADICADO: 11001 3105 009 2017 00740 01

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

En forma previa a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia dictada por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se advierte que en el presente asunto se tiene pendiente de resolver el recurso de queja, formulado por el apoderado de Gladys Delgadillo y William Eduardo Valderrama.

Para lo que interesa al recurso de queja, en síntesis, se tiene que el recurso de apelación presentado contra la sentencia emitida en primera instancia fue negado por cuanto

no se había emitido condena alguna respecto de los señores Delgadillo y Valderrama, ya que las condenas impuestas solo afectaron a la copropiedad horizontal demandada.

Ante la anterior decisión, el apoderado de los copropietarios mencionados, interpuso recurso de reposición y en subido el de queja, por cuanto consideraba que si estaban legitimados para actuar y apelar, ya que si bien la condena se efectuó contra la persona jurídica, dentro de la Ley de propiedad horizontal existían las expensas comunes ordinarias y extraordinarias y en tal sentido sus representados al ser miembros de la copropiedad estarían legitimados por la afectación pecuniaria por la sentencia condenatoria, en tanto que si la copropiedad carecía de recursos, la condena debía ser asumida a prorrata de los coeficientes de propiedad horizontal.

En primer lugar, debe indicarse que el artículo 66 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social (Modif. artículo 10 de la Ley 1149 de 2007), establece lo siguiente *“Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente.”*

Sin embargo, conviene destacar lo expuesto por la Corte Constitucional, en sentencia SU418 – 2019, de donde se desprende cual es el objeto del recurso de apelación, ya que alude *“(…) Por vía de la apelación se garantiza la posibilidad*

de controvertir las decisiones judiciales que resulten adversas. Tales decisiones, particularmente en el caso de las sentencias, están revestidas de una presunción de corrección, al punto de que, si no son recurridas, quedan en firme y constituyen la definición concluyente del asunto. (...)”, de modo que si la finalidad del recurso de apelación es poder controvertir las decisiones que le sean adversas a la parte, habría lugar a confirmar la decisión del a quo en cuanto los señores Sofía Gladys Delgadillo y William Eduardo Valderrama, resultaron absueltos de las pretensiones presentadas.

Ahora bien, respecto a si la sentencia podría tener efectos adversos para los demandados en comento, resulta importante considerar lo expuesto por nuestro órgano de cierre en sentencia SL2345-2020, en donde señaló que *“La solidaridad en la Ley 675, se reitera, quedó prevista entre el propietario anterior y el nuevo propietario del respectivo bien de dominio privado, así como entre el propietario y el tenedor del inmueble a cualquier título, y entre los copropietarios del bien de dominio privado, pero no, entre los propietarios de las unidades que integran la propiedad horizontal (...)*”, siendo claro entonces que la llamada a responder en este tipo de asuntos es la persona jurídica.

Finalmente y en gracia de discusión, si se considerara que el recurso era procedente, nótese que el fundamento que se adujo por la parte para sustentar la procedencia de la apelación gira en torno a supuestos, pues señala que en el evento en que la copropiedad carezca de recursos para pagar las condenas sería necesario acudir a cuotas ordinarias y/o

extraordinarias con las que podría verse afectados pecuniariamente los copropietarios; aspectos que aún no se debaten.

Como se observan, las anteriores razones resultan suficientes para que se declare bien denegado el recurso de apelación que fue solicitado.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de junio de 2021. La sentencia impugnada impuso condena por concepto de honorarios en favor de la actora a cargo del Edificio Castilla PH, absolviendo a los demás demandados de las pretensiones formuladas por la demandante.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora en los que reitero los argumentos expuestos en el tramite de instancia.

II. ANTECEDENTES

La parte actora formuló demanda con el objeto que se declarara que tenía derecho al reconocimiento y pago de del 20% de la suma de \$86.000.000 que fueron recibidos por el Edificio Castilla PH, por cuotas de administración ordinarias,

extraordinarias, intereses y demás rubros, por concepto de honorarios profesionales por la actuación judicial y prejudicial desarrollada dentro del proceso No. 2005-0839 ante el Juzgado 12 Civil Municipal y 12 de Ejecución Civil Municipal de Bogotá concordante con la tramitación realizada ante el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá; que se declare como solidariamente responsable de las obligaciones a los copropietarios Ivonne Patricia Hernández, Silvia Mancini, Luis Fernando Vásquez Lalinde y Temporales de Soporte Limitada; al pago de los intereses moratorios y a la indexación de las sumas que fueren reconocidas. Subsidiariamente solicitó que se procediera a regular y tasar los honorarios profesionales.

En sustento de sus pretensiones indicó que desde el año 2005, prestó sus servicios profesionales como abogada a la copropiedad Edificio Castilla PH, para el cobro de cartera morosa por cuotas de administración, suscribiendo un contrato de prestación de servicios para ello; que adelantó actuaciones prejudiciales y judiciales para el cobro ejecutivo de las cuotas de administración del local 01, durante 9 años; que el referido proceso correspondió al juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá D.C; que respecto del local 01 ya pesaba un embargo hipotecario, por lo que solicitó el embargo de remanentes o de los dineros que se llegaran a desembargar dentro del proceso hipotecario tramitado en el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá, adelantado por el Banco Gran ahorros hoy BBVA contra Marco Tulio Bayona Pulido y Ruth Solange Valderrama Delgadillo, procediéndose de conformidad el 1 de diciembre de 2005 y, que el 18 de julio de 2017, el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá profirió sentencia en

favor de la copropiedad y ordenó la entrega de títulos a favor del edificio.

Igualmente aludió que el 27 de noviembre de 2013, el proceso ejecutivo adelantado por el Edificio Castilla contra Marco Bayona, se remitió por competencia al Juzgado 12 de Ejecución Municipal, mientras que el proceso hipotecario fue remitido por competencia al Juzgado 1° de Ejecución Civil del Circuito de Bogotá; que dentro del juicio hipotecario (en el que se embargó el remanente) la administradora del edificio allegó certificación en la que indicó que la señora Ivonne Patricia canceló la suma de \$86.000.000 por concepto de cuotas de administración y certifica que el inmueble se encuentra a paz y salvo; que ante la aprobación del remate y la certificación anterior presentó cuenta cobro, correspondiente al 20% pactado liquidado sobre los \$86.000.000, que se certificó haber recibido el edificio Castilla y ante ello el 2 de mayo de 2014, la administradora del mismo procedió a la radicación de la revocatoria del poder arguyendo incumplimiento a los deberes profesionales, la cual fue admitida hasta el 31 de enero de 2017, cuando se presentó en debida forma.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Edificio Castilla P.H., Ivonne Patricia Hernández, Silvia Mancini, Luis Fernando Vásquez Lalinde y Temporales de Soporte Limitada, mediante apoderado judicial contestaron la demanda en donde se opusieron a las pretensiones, aceptaron algunos hechos y negaron los demás. El fundamento factico y

legal de la contestación se sustentó en que no negaban que la abogada representó los intereses del Edificio Castilla, no obstante, aludieron que esta solo contaba con mandato de la persona jurídica y no de los copropietarios, adicionalmente, puntualizaron que la actora no podía cobrar un 20% sobre el valor cancelado por un tercero como lo era la rematante, ya que lo único que recaudó dentro del proceso tramitado en el juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá D.C., fue la suma de \$5.000.000 cifra de la que se debía partir para regular los honorarios, debiéndose tasar los mismos de conformidad con el acuerdo 1887 de 2003, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, ya que el contrato de prestación de servicios jurídicos no se encontraba firmado por una de las partes, por lo que existía falta de consentimiento expreso de uno de los involucrados.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: incumplimiento de las obligaciones y deberes en la gestión profesional de la abogada dentro del proceso cursante en el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá; que el contrato de prestación de servicios jurídicos de fecha 17 de enero de 2005, no reúne los requisitos del artículo 1261 del C.C., al carecer del consentimiento expreso de una de las partes y por ende no existe acuerdo preexistente entre las allí vinculadas.

Mediante auto del 30 de mayo de 2018, se dispuso vincular en calidad de litisconsortes necesarios a los señores Ricardo Benjamín Peña Zornosa, Sofía Gladys Delgadillo Valderrama, Mario Mancini y Comunicación Radial Limitada, quienes

procedieron a contestar la demanda (a excepción de Gladys Delgadillo) junto con el señor Héctor Salamanca, en donde se opusieron a las pretensiones, aceptaron algunos hechos y negaron los restantes, aduciendo el mismo fundamento factico y legal que los demandados iniciales y formulando las mismas excepciones de mérito.

Mediante auto del 19 de noviembre de 2018, se dispuso vincular en calidad de litisconsortes necesarios a los señores Héctor Salamanca y William Eduardo Valderrama Delgadillo, precisando que el primero ya había comparecido al proceso. El señor Valderrama Delgadillo al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, refirió que no le constaban algunos hechos y negó los restantes, el fundamento factico y legal de su contestación radicó en que si bien en su momento fungió como copropietario, el inmueble le fue rematado por lo que no tenía que responder por gastos judiciales que nunca contrató; adicionalmente señaló que revisados los contratos allegados estos adolecían de los requisitos mínimos para su validez y eficacia y frente a la remuneración pretendida, esta no se encontraba dentro de los límites permitidos por lo que no podía invocarse un 20% cuando el poder que se firmó en el año 2005, fecha en la que el valor de la deuda era muy inferior a lo recaudado. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de contrato de mandato que permita el cobro del 20% que se reclama como honorarios; pago parcial de la obligación; cobro parcial de lo no debido; regulación de honorarios conforme a la naturaleza del proceso y tarifas establecidas por los diferentes colegios de abogados; prescripción de la acción y ausencia de solidaridad.

Mediante auto del 23 de agosto de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Sofia Gladys Delgadillo Valderrama.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de junio de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR AL EDIFICIO CASTILLA PH a pagar a la señora ADRIANA LOPEZ CIFUENTES, la suma de \$8.337.717 por concepto de honorarios profesionales.

SEGUNDO: CONDENAR AL EDIFICIO CASTILLA PH a pagar a la señora ADRIANA LÓPEZ CIFUENTES, los intereses moratorios al 6% anual sobre la suma de \$8.337.717, a partir del 1° de febrero de 2017, hasta la fecha en que se verifique su pago, de conformidad a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a COMUNICACIÓN RADIAL LTDA, IVVONE PATRICIA HERNANDEZ, SILVIA MANCINI, LUIS FERNANDO VASQUEZ LALINDE, MARIO MANCINI, RICARDO BENJAMIN PEÑA ZORNOZA, HECTOR SALAMANCA, SOFIA GLADYS DELGADILLO, WILLIAM EDUARDO VALDERRAMA, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ADRIANA LÓPEZ CIFUENTES.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$600.000 de acuerdo con lo considerado.

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que aunque se allegó contrato de prestación de servicios profesionales este no estaba firmado por el representante legal del edificio y por tanto el mismo no servía como constancia del acuerdo celebrado. No obstante, obraba el poder otorgado por María Teresa Arenas Gómez en calidad de representante legal de la empresa que era administradora del edificio Castilla Propiedad Horizontal a la abogada Adriana López Cifuentes con el objeto de iniciar y llevar hasta su terminación un

proceso Ejecutivo de mínima cuantía en contra de los señores marco Tulio Bayona y Ruth Solange Valderrama delgadillo por la deuda de cuotas de administración de local 1 del edificio, precisando que como del mismo no se podían extraer las cuantías sobre las que serían calculados los honorarios, procedió a analizar las actuaciones desplegadas por la demandante.

Así, encontró probado que la actora llevó a cabo el mandato de manera diligente, ya que intervino de manera activa, efectuando la totalidad de actuaciones que le incumbían en el proceso adelantado ante el Juzgado 12 Civil Municipal, pues con ocasión de su gestión se libró mandamiento ejecutivo, se llevó a cabo la notificación de los demandados, se siguió adelante con la ejecución, se presentó la liquidación del crédito que fue aprobada y la correspondiente actualización de este con la certificación emitida por la administración de la Propiedad Horizontal; asimismo se decretaron y practicaron medidas cautelares que derivaron en la entrega de diversos títulos de depósito judicial y el embargo de bienes muebles y enseres, así como, de los remanentes dentro del proceso Ejecutivo hipotecario que se estaba surtiendo ante el Juzgado 41 Civil de Circuito (bien inmueble del que se derivado al cobro de las cuotas de administración de quienes eran sus propietarios), interviniendo como parte interesada con ocasión de lo previsto en el artículo 29 de la ley 675 de 2001.

De igual forma señaló el juzgado, que si bien las sumas ejecutadas en el proceso civil municipal, no fueron canceladas en virtud de ese trámite, el valor que le fue pagado a la

propiedad horizontal por concepto de cuotas de administración, era el que debía tenerse en cuenta, siendo que la obligación de los profesionales del derecho era de medio y no de resultado, por lo que no podría considerarse que por el hecho que en otro proceso judicial en el que también intervino la actora se había logrado la consecución del crédito, ello desacredite la gestión que se ejecutó de manera oportuna y diligente por más de 7 años, especialmente cuando la actora atendió debidamente los intereses de su representado ya que el proceso Ejecutivo a su cargo estaba a la espera entre otras cosas del embargo de remanentes que quedarán del proceso Ejecutivo hipotecario que cursaba en el Juzgado 41 Civil del Circuito, sin que fuera viable acoger la postura de la propiedad horizontal respecto a que el valor que se debía tener en cuenta en este caso correspondía al embargo de los \$5.000.000 inicialmente entregado por la aprobación de la liquidación del crédito puesto que el mandamiento de pago se libró por las cuotas que se adeudaban.

También mencionó la decisión de primera instancia, que el título de los \$5.000.000 fue entregado a la propiedad horizontal como lo reconoció la demandada en su contestación, del cual la actora reconoció le fue entregada la suma de \$1.000.000, por lo que aludió que este valor se descontaría; en ese orden concluyó que ante la falta de estipulación en el monto de los honorarios, se acudiría a lo señalado por el Colegio Nacional de Abogados, en el numeral 9.1. de la Resolución No. 01 de 2004, en el que se establece que para los procesos ejecutivos singulares de mínima cuantía el pago mínimo sería de un (1) SMMLV más el 10% del

valor de del crédito, así concluyó que como la revocatoria del poder acaeció en 2017, se tenía que el SMMLV, ascendía a \$ 737.717 y dado que el valor pagado por cuotas de administración ascendió a \$ 86.000.000 el 10% equivalía a \$8.600.000, de los que descontado el valor de \$1.000.000 ya cancelado a la actora, resultaba el valor de los honorarios en la suma de \$8.337.717, junto con el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 1617 del Código Civil, (legales del 6% anual), los cuales se pagarían desde el primero de febrero de 2017 hasta la fecha efectiva de pago.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

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

El **apoderado de la parte actora**, solicitó modificar la decisión en dos aspectos, de una parte mencionó que el proceso ejecutivo inició el 25 de julio de 2005, fecha para la cual el SMMLV, ascendía a \$382.500 y como se trataba de un proceso de mínima cuantía, pudiéndose aplicar la tarifa de honorarios señalada en el numeral 9.1. de la resolución 001 del 25 de julio del año 2000, en la que se indica que en los procesos ejecutivos o singulares de mínima cuantía los honorarios corresponden a un (1) SMMLV más el 15% del valor del crédito.

Por otra parte señaló en lo relacionado con la solidaridad, que la copropiedad no era la única responsable y si bien la

misma tenía personalidad jurídica y ejercía sus actuaciones a través de un representante legal, esto no eliminaba la responsabilidad de cada uno de los copropietarios pues el dinero recaudado es un dinero que viene a favorecer las arcas de toda la copropiedad, viéndose beneficiados de estos dineros recaudados por cuotas de administración, siendo por tanto beneficiarios directos de la gestión realizada por la doctora Adriana López en el juicio Ejecutivo y por tanto debía declararse la misma.

El **apoderado del Edificio Castillo P.H.**, solicitó la revocatoria de la decisión, por cuanto la actuación de la demandante en el Juzgado 41 Civil del Circuito, solo fue una correspondiente a las publicaciones y en todo caso no fueron efectivas, precisando que la actora pretende beneficiarse del pago realizado en ese proceso (ejecutivo hipotecario seguido por otra persona jurídica y tramitado por otra apoderada), *no ganado por ella*; mientras que por la gestión que si realizo se limitó al recaudo \$5.000.000, que era de donde debía partir la regulación de honorarios, por cuanto no podía ser favorecida por un pago que realizó un tercero como fue la rematante, sin colaboración alguna por parte de la profesional del derecho demandante en este caso, pasándose por alto incluso el descuido y negligencia desplegado por la actora ya que no se actualizó el límite de la medida de embargo de remanentes.

Adicionalmente agregó el apelante, que en el evento en que no se hubiere cancelado lo adeudado por la administración, los honorarios no se debieron haber regulado conforme lo indicó el a quo en la resolución del Colegio

Nacional de Abogados como lo estipula el Colegio de Abogados sino como lo establecía el Acuerdo 1887 del 2003 expedido por la sala administrativa del Consejo Superior de la judicatura que era aplicable para estos eventos.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinara si se encuentra fundada la condena a los honorarios impuestos en la sentencia impugnada; determinado lo anterior, se procederá a considerar si se accede a la revocatoria solicitada o por el contrario si se determina a cuanto ascendían los mismos y si era procedente la solidaridad reclamada respecto de los copropietarios.

Esta sala es competente para conocer del presente asunto de acuerdo con lo establecido en artículo 2 numeral 6 del C.P.L y de la S.S., que disponen que la jurisdicción del trabajo conoce de los juicios sobre reconocimiento y pago de honorarios y servicios de carácter privado, cualquiera que sea la relación jurídica o motivo que les haya dado origen.

En primer lugar debe indicarse que este asunto, carece de voluntad contractual para la tasación de honorarios siendo que el contrato allegado no se encontraba suscrito por ambas partes pues faltaba la firma del representante legal del Edificio y por tanto el consentimiento de este, razón por la cual se procedió a efectuar por el a quo la tasación de honorarios del

mandato, aspecto frente al que no existe controversia pues no fue objeto de reparo por las partes.

Tampoco existe controversia en que la actora presentó demanda ejecutiva de mínima cuantía en contra de Marco Tulio Bayona y Ruth Solange Valderrama Delgadillo, el 21 de junio 2005, por concepto de las cuotas de administración adeudadas desde septiembre de 2004 hasta mayo 2005, junto con las que se causarán a partir del mes de junio 2005 y los intereses correspondientes; que el trámite del referido proceso correspondió al Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá D.C.; que el juzgado aludido libró mandamiento de pago el 25 de julio de 2005, por las cuotas de administración de septiembre de 2004 a julio de 2005, los intereses moratorios sobre las mismas y las cuotas de administración sucesivas; que mediante auto del 9 de agosto de 2005, el Juzgado Doce Civil Municipal, atendiendo caución presentada decretó el embargo de remanentes de propiedad de los demandados dentro del proceso ejecutivo hipotecario adelantado en el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá D.C., limitando la medida en \$5.122.125 y el embargo y secuestro de muebles y enseres de los demandados limitando la medida en la suma de \$6.829.500; que en auto del 9 de febrero de 2006, se decretó el embargo y retención de cánones de arrendamiento, recibidos por los demandados respecto del inmueble ubicado en la calle 85 # 32 – 40 Local 1, medida que fue ampliada mediante auto del 22 de febrero de 2006; que el 31 de octubre de 2007, la actora recibió de parte del Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá D.C., título de depósito judicial por valor

de \$5.000.000 y que le fue revocado el poder a la señora Adriana López, el 31 de enero de 2017.

No existe discusión en que la actora desplegó actuaciones en el Juzgado en el que cursaba el proceso hipotecario en el que se decretó el embargo de remanentes (Juzgado 41 Civil del Circuito), solicitando fijar fecha y hora para surtir el remate del inmueble embargado en el Juzgado 41 Civil del Circuito (calle 95 # 48 – 40 Local 1), decisión a la que se accedió por dicho despacho en auto del 1° de marzo de 2013; que el 3 de febrero de 2014, se llevó a cabo la diligencia de remate del inmueble por parte del Juzgado 1 de Ejecución Civil Circuito de Bogotá D.C. (antes Juzgado 41 Civil del Circuito), ordenando la adjudicación del inmueble a la señora Ivonne Patricia Hernández de Peña, remate que fue aprobado mediante auto del 4 de marzo de 2014 y que la administradora del Edificio Castilla PH, expidió certificación con fecha 7 de febrero de 2014 con destino al proceso hipotecario, en donde certificó que la señora Ivonne Patricia de Peña, en calidad de rematante canceló la suma de \$86.000.000 por concepto de cuotas de administración, certificando que el inmueble se encontraba a paz y salvo por todo concepto con la copropiedad.

Para resolver, lo primero que debe señalarse es que la práctica de la abogacía como el ejercicio de cualquier otra profesión liberal genera horarios, siendo evidente que en este caso se pretendía obtener una remuneración por los servicios prestados, situación que se colige de los documentos allegados al proceso, tales como los diversos contratos suscritos por las

partes (salvo el del año 2005 que carece de firma) y lo expresado por las mismas durante las actuaciones del proceso.

Considerando lo anterior, esto es, que se trata de una práctica remunerada conviene recordar lo expuesto por nuestro órgano de cierre en sentencia SL399-2023, respecto a la tasación de honorarios del mandato:

“(…)

En ese orden, esta Sala ha puntualizado que siempre se privilegia la voluntad contractual de las partes, pero a falta de ella se acudirá a «la tasación de honorarios del mandato conforme a lo ‘usual’ de esta clase de prestación de servicios personales (artículo 2184-3 ibidem)» (CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 36606).

Este último escenario es el que se da en el examine, en el que es necesario que el interesado, de conformidad con la regla de la carga de la prueba prevista en el artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, demuestre: i) los servicios que prestó a su cliente, ya que «el contrato de mandato [...] es de medio y no de resultado, situación que apareja la necesidad de acreditar la gestión que se adelanta» (CSJ SL1417-2018) y, ii) el monto de sus honorarios, a través de lo que acostumbran a cobrar los abogados de acuerdo con «la naturaleza de esa gestión, cantidad, calidad e intensidad de la misma» (CSJ SL1570-2015), para lo cual podrán apoyarse, siguiendo lo que reza el precepto 189 del CPC, hoy 178 del CGP, en testimonios, peritos o documentos, como pueden ser las tarifas de los colegios de abogados, con aprobación del Ministerio de Justicia, que son las pautas objetivas bajo las que se rigen tanto el profesional del derecho como el cliente.

(…)

Así que, resulta insuficiente cualquier argumento de la censura enfocado a demostrar únicamente que acreditó la prestación de los servicios como profesional del derecho, pues para fijar la cuantía de sus honorarios, ante la ausencia de acuerdo entre las partes, se debe acudir a lo usual y para ello le correspondía comprobar en el plenario los mismos, en los términos en que se expuso previamente, lo que no ocurrió, ya que únicamente la accionante aportó las sentencias del Juzgado 22 Penal del Circuito de Bogotá (f.° 22 a 6, cuaderno principal) y de la Sala Penal del Tribunal Superior Bogotá del 25 de marzo de 2010 (f.° 65 a 85, ibidem), providencia de la Sala Penal de esta Corporación del 9 de marzo de 2011 (rad. 35401) (f.° 86 a 93, ibidem) y toda documental que se dio dentro de la demanda ejecutiva, verbigracia, mandamiento de pago, documento dirigido al Juzgado Noveno Civil del Circuito de remisión a la Superintendencia del proceso, concesión de amparo de pobreza, nombramiento auxiliar de justicia, medidas cautelares, entre otros (f.° 96 a 131, ibidem).

(…)”

Como se observa, el parámetro jurisprudencial para proceder a reconocer los honorarios a falta de estipulación sobre los mismos exige que se acrediten los siguientes requisitos: i) la gestión adelantada y ii) el monto de los honorarios conforme a lo que acostumbran cobrar los abogados de acuerdo con la naturaleza de la gestión, cantidad, calidad e intensidad de la misma.

En ese orden, se evidencia del caudal probatorio allegado y practicado el cumplimiento del primer requisito, pues no existe duda en la prestación de los servicios de la actora en favor del Edificio Castilla P.H. en aras de obtener las cuotas de administración adeudadas desde el mes de septiembre de 2004, respecto del local 1 del edificio Castilla en su momento de propiedad de Marco Tulio Bayona y Ruth Solange Valderrama Delgadillo.

En cuanto al segundo requisito, se advierte que ante la ausencia de contrato o acuerdo, se requiere de una prueba de usos y costumbres, siendo factible acudir a lo contemplado en las tarifas de los colegios de abogados, con aprobación del Ministerio de Justicia, ya que estas contemplan las pautas objetivas que rigen tanto al profesional del derecho como al cliente.

En el caso concretó se tiene que la actuación en el proceso inició durante el año 2005, de modo que la tarifa aplicable era la seleccionada por la juzgadora de primera instancia, es decir, la tarifa regulada en la Resolución No. 01 de 2004, sin que fuera posible acoger la solicitada por la parte actora que data

del año 2000, como quiera que en este tipo de asuntos la tarifa aplicable es la vigente para el inicio del encargo profesional, por tratarse del momento en que ambas partes expresaron su voluntad para la tramitación del asunto, momento que establece el marco rector para la determinación de la tarifa.

En ese orden, se tiene que el numeral 9.1. de la Resolución 01 de 2004, contemplaba que en el caso de los procesos ejecutivos singulares de mínima cuantía el pago mínimo correspondería a un (1) SMMLV mas el 10% del valor del crédito, en ese orden, como la revocatoria del poder acaeció en el año 2017, fecha en el que el SMMLV ascendía a 737.717, se tiene que a la actora le correspondía tal cifra mas el 10% del valor del crédito.

A efectos de establecer el valor del crédito, debe considerarse que el mandato otorgado fue para adelantar proceso ejecutivo para recaudar cuotas de administración que pesaban sobre el local 1, en su momento de propiedad de Marco Tulio Bayona y Ruth Solange Valderrama Delgadillo; que el crédito que debía considerarse para efectos del reconocimiento de honorarios era el reclamado en el proceso que cursó en el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá D.C., para lo cual debió tenerse en cuenta la última liquidación presentada por la apoderada, con independencia de la imputabilidad respecto del valor recibido por la administradora del Edificio de parte de la nueva propietaria, pues es claro que tal pago se efectuó en virtud de lo expuesto en el artículo 29 de la Ley 675 de 2001, que en lo pertinente

establece “(...) existirá solidaridad en su pago entre el propietario anterior y el nuevo propietario del respectivo bien privado, respecto de las expensas comunes no pagadas por el primero, al momento de llevarse a cabo la transferencia del derecho de dominio”.

Así, lo correcto era considerar que las actuaciones desplegadas por la abogada en el proceso ejecutivo, si bien vinculaban a los antiguos propietarios del inmueble, tratándose de un gravamen real, quedaron por mandato de la ley en cabeza de la adquirente rematante, sin que tal transmisión afecte la actuación para el recaudo de cuotas de administración y sin que pueda desconocerse el monto actualizado del crédito materia del recaudo ejecutivo para la fijación de los honorarios reclamados.

En ese orden de ideas y dado que el mandamiento de pago logrado por la demandante ante el juzgado 12 Civil Municipal, se libró por las cuotas de administración de septiembre de 2004 a julio de 2005, los intereses moratorios sobre las mismas y **las cuotas de administración sucesivas**, correspondía a la parte actora en los términos del artículo 167 del CGP acreditar a cuanto ascendía el valor del crédito, evidenciándose que la última certificación de deuda allegada dentro del proceso ejecutivo expedida por la Administradora del Edificio Castilla P.H. (fl. 85 y ss.), comprendió las cuotas de administración entre jun-04 a oct-12 y ascendió a \$78.389.021 razones por las cuales el valor de los honorarios se establece de la siguiente forma: 1 SMMLV “737.717” + 10%

del valor del crédito “7.838.902,10” lo que arroja un total de \$8.576.619,10, valor del cual se descontara \$1.000.000, ya recibido, dando por resultado que la demandada le adeudaba a la actora la suma de **\$7.576.619,10**, cifra inferior a la establecida por el a quo, razones por las cuales se procederá a modificar la decisión en ese sentido.

De otra parte y en cuanto a la solidaridad reclamada respecto de los copropietarios, debe atenderse que la C.S.J, S.C.L, en sentencia SL2345-2020, explico que conforme a la Ley 675 de 2001, los propietarios de los bienes de dominio particular que conforman la persona jurídica de la propiedad horizontal, no son solidarios con las obligaciones de la persona jurídica que nace de la copropiedad, por lo que estos no son los llamados a responder por las obligaciones laborales derivadas de la contratación de una persona con la propiedad horizontal ya que la llamada a responder es la persona jurídica representada por su administrador conforme los artículos 32 y 50 de la Ley 675 de 2001, razones por las cuales no resultaba viable acceder a la solidaridad pretendida y en consecuencia se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del Edificio Castilla P.H.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia expedida el 2 de junio de 2021, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que el valor de los honorarios asciende a \$7.576.619,10, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo del Edificio Castilla P.H.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RODRIGO PARDO TURRIAGO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. VINCULADO COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

RADICADO: 11001 3105 011 2019 00285 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Belcy Bautista Fonseca, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.748.898 y tarjeta profesional No. 205.907 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la

demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de agosto de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizando con Porvenir S.A., ordenó a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de valores recibidos en la cuenta individual del actor y a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que se hubieren generado con ocasión de la administración que desplegaron como fondo de pensiones durante la afiliación del actor.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de la parte actora, Colpensiones, Porvenir S.A. y Mapfre, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad, ineficacia y/o invalidez del traslado de régimen que realizó al RAIS con Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Old Mutual devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió del

afiliado por concepto de cotizaciones incluidos rendimientos financieros y el valor cotizado para el fondo de garantía de pensión mínima, así mismo, que se le ordenara a Colpensiones la reactivación de la afiliación y al registro de las cotizaciones transferidas por Old Mutual en la historia laboral, finalmente reclamó el pago de lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que cotizó al ISS desde el 17 de diciembre de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1994; que también trabajó para la Secretaria de Salud de Cundinamarca (20/05/1979 – 10/01/1982), Policía Nacional (23/01/1986 – 01/08/1994) y Universidad Nacional (17/06/1990 – 31/10/1999), entidad que no le cotizaron al ISS, en el caso de la Universidad Nacional las cotizaciones se realizaron a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional; que a partir del 1° de noviembre de 1999, se trasladó al RAIS con Porvenir y posteriormente realizó traslado horizontal a Old Mutual, sin que los asesores de éstos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que dentro del expediente no obraba prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se estuviere en presencia de algún vicio del consentimiento, sin que se evidenciara alguna

nota de protesta que permitiera inferir inconformidad del demandante , por el contrario se observaba que las documentales se encontraban sujetas a derecho, efectuándose de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas y además tampoco se cumplían los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, negó algunos hechos y refirió que no le constaban otros. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la afiliación efectuada en el año 1999, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación, el funcionamiento del RAIS y de indicarle las condiciones pensionales individuales, como se apreciaba en la solicitud de vinculación, igualmente, debía tenerse en cuenta que siempre se le garantizó el derecho al retracto y en todo caso, el vicio de consentimiento derivaba en una nulidad relativa susceptible

de saneamiento y se pretendía desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (Modif. Art. 2 Ley 797 de 2003).

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Old Mutual hoy Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., contestó indicando que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones que cuestionaban el traslado de régimen pensional por cuanto no participó del mismo, aceptó algunos hechos indicó que eran parcialmente ciertos otros y que no le constaban los restantes, el fundamento factico y legal de su oposición radicó en que la afiliación realizada con su representada se efectuó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación y conforme a los postulados de buena fe, por lo que no podía devolver a Colpensiones todos los aportes que figuran en la cuenta de ahorro individual del actor.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni si quiera parecidos al contexto de las

sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

De igual forma, se advierte que Old Mutual hoy Skandia S.A., presentó solicitud de llamamiento en garantía, con la finalidad de obtener la vinculación de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. al proceso, en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones, entre ellos la demandante, en cuyo caso el contrato de seguro provisional tuvo vigencia entre el 2009 a 2015 y el 2018, precisando que como Skandia traslado a Mapfre los conceptos dinerarios - primas- para el cubrimiento de los riesgos IVM, Skandia ya no contaba con esos recursos, por lo que era necesaria la vinculación de la misma en el evento en que se condenara a devolver los aportes a Colpensiones y los gastos de administración ya que a dicha aseguradora le correspondería tal cumplimiento, especialmente el del seguro previsional.

Mediante auto del 23 de noviembre de 2021, se aceptó el llamamiento en garantía efectuado a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., la cual contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, indicando que se oponía ya que el acto de afiliación al RAIS, no registraba defecto y/o vicio alguno por lo que no había lugar a declarar la ineficacia o invalidez porque los supuestos de invalidación de los actos jurídicos contenidos en los artículos 1740 del CC, no se presentaban en el presente caso y el consentimiento no adolecía de vicio o defecto alguno. En cuanto al llamamiento en garantía señaló

que para la época de la vigencia del seguro previsional la cobertura del seguro estuvo activa y los riesgos asegurados, precisando que la suma cuyo reembolso se pretendía por la llamante en garantía corresponde a la prima legalmente devengada por Mapfre, y que en todo caso el supuesto no encajaba dentro de lo que normativa del contrato de seguro impone la devolución de la prima.

Propuso las excepciones de mérito de carencia de amparo y/o cobertura, no se encuentra obligada a hacer devolución de la prima ni de ningún valor que correspondiera a contraprestación del seguro, no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones.

Mediante auto del 8 de abril de 2022, notificada por estado el 18 del mismo mes y año, se ordenó la vinculación de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la cual contestó oponiéndose a las pretensiones indicando que no le constaba ninguno de los hechos de la demanda, el fundamento factico y legal de la oposición radicó en que no existían presupuesto de hecho ni de derecho para despacha favorablemente las pretensiones de la demanda por cuanto el demandante se encontraba válidamente afiliado al RAIS, puntualizando que en su caso se cumplieron los deberes de información al momento de darse el traslado efectuado a Colfondos S.A., pues brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, asesoró acerca de las

características del régimen, su funcionamiento y las diferencias entre el RAIS y el RPM (ventajas, desventajas y rentabilidad).

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de agosto de 2022, el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por RODRIGO PARDO TURRIAGO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 29 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año, a través de PORVENIR SA, por ende se atenderá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido de acuerdo con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, aquellos valores que hubiera podido recibir y que se encuentren en la actualidad en la cuenta de ahorro individual del demandante tales como: cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradoras si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima con todos sus frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC reportado y aporte pagado conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

TERCERO: como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías porvenir SA a trasladar a Colpensiones aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la

administración como fondo de pensiones del demandante en el periodo en el que él estuvo afiliado a dicha AFP comprendido entre el primero de diciembre de 1999 y el 26 de marzo de 2009, tales como gastos de administración, primas de seguros previsionales, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima con todos sus frutos e intereses si los hubiere, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos conforme a lo indicado.

CUARTO: CONDENAR COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías a trasladar a col pensiones a aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones del demandante en el periodo en el que él estuvo allí afiliado comprendido entre el 29 de junio de 2015 y el 19 de mayo del 2018, tales como gastos de administración primas de seguros previsionales comisiones y sumas adicionales de la aseguradora porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima con todos sus frutos intereses, dineros que deberán ser trasladados en forma indexada y con cargo a sus propios recursos conforme a lo indicado

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir tanto de PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLFONDOS S.A. S.A., sin reparo alguno todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante y proceder enseguida a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de RODRIGO PARDO TURRIAGO, con La respectiva imputación de pagos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA de la reclamación elevada por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS SA

SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva y probadas las de improcedencia el llamamiento en garantía en existencia de la obligación legal propuestas por MAPFRE.

OCTAVO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLFONDOS S.A. S.A y a favor del demandante y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas, también se condena en costas a la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en favor de Mapfre Colombia vida seguros SA, al ser integrada en este proceso sin ser sin ser procedente tal integración y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente

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

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase de las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características,

condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, señalándose que en el presente asunto esto no se encontró acreditado, siendo que esto no se podía deducir de lo expuesto el interrogatorio de parte vertido o por la profesión del demandante (médico), ni de los traslados efectuados entre administradoras del RAIS.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones, indicó que debía tenerse en cuenta que: en este caso el demandante se encontraba en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que de lo expuesto en el interrogatorio de parte se desprendía que el actor si conocía en qué consistía el RAIS y efectuó 4 traslados horizontales y decidió permanecer vinculado por más de 20 años; que si bien la AFP inicial debía informar de manera suficiente el actor esto no lo exoneraba el deber de concurrir suficientemente ilustrado la escogencia de su régimen pensional; que la calidad profesional del actor (médico) conllevaba a una menor asimetría en la entrega de información de mercado hacia este; que en materia de traslados nadie podía resultar subsidiado a costa de recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados pues se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, poniendo en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados.

Porvenir S.A., señaló que no se compartía la decisión adoptada, ni los efectos jurídicos de la ineficacia, precisando que su inconformidad se daba respecto al numeral tercero de la sentencia en lo que tenía que ver con la condena por gastos de administración por cuanto estos correspondían a la buena administración que desplegó en la cuenta de ahorro individual generando rendimientos financieros incluso por encima del mínimo establecido por la súperfinanciera, los cuales no financiaban la prestación del afiliado por lo que pertenecían a él sino al fondo de pensiones en contraprestación, precisando además que ordenar el traslado de estos a Colpensiones configuraría enriquecimiento sin justa causa, además que tales conceptos si estaría afectados por prescripción. Finalmente, solicitando así la compensación de las condenas en especial la de gastos de administración, primas de seguros, comisiones, descuentos destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima e indexaciones a cualquier título con los rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos.

Skandia S.A., manifestó su inconformidad respecto de los numerales 2 y 6, resaltando que si bien la consecuencia jurídica que en este tipo de procesos era declarar la ineficacia, los efectos sí debían estar regulados por la ley, aspecto que no se advertía respecto de las sumas adicionales, ni las primas, ni los gastos de administración sin que se contemplara de manera taxativa que estos los debía sufragar con su propio patrimonio, además que estos valores se encontraban a cargo

de la aseguradora con la que se adquirió el seguro de invalidez y sobrevivencia.

Así, precisó que también estaba inconforme con la decisión respecto al llamamiento en garantía, por cuanto aunque la juzgadora en su sentir no encontraba una relación sustancial para que dar aplicación al artículo 64 del código en el proceso si existía esa relación entre las partes dado que precisamente en cumplimiento de las disposiciones de orden legal como la ley 100 del año 1993, es que se celebró con la aseguradora Mapfre Colombia vida seguros SA un contrato de seguros previsional que estaba destinado para los riesgos de invalidez y muerte, no debía perderse de vista que en este caso se están debatiendo los efectos jurisprudenciales y no legales que se le dan a estos procesos y lo que se está solicitando es que se deje sin efecto alguno el contrato de seguro previsional que existió entre las partes dado que hay un principio general del derecho que indica que lo he lo accesorio se corre la suerte de lo principal, por lo que el interés asegurable se pierde por completo al declararse la ineficacia y si procedía el pago de las primas percibidas.

Finalmente alude que la prescripción opera respecto de los gastos de administración y de las primas por cuanto se trataba de derechos crediticios respecto de los cuales si cabía la figura y frente a la indexación de los rubros ordenados debía considerarse que si ya se estaban generando unos rendimientos de esta manera se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haber afectado el capital de afiliado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencian certificados y/o formularios de afiliación realizados por la actora a Provenir S.A. (1/12/1999), Skandia S.A. (27/03/2009), Colfondos S.A. (24/06/2015) y nuevamente a Skandia S.A. (10/05/2018).

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones y de traslado horizontal, estos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias

del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo de lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido por el demandante ni es posible deducirlo por la profesión del mismo (médico) siendo que el consentimiento informado se exige respecto de todos los afiliados brindando una ilustración completa sobre el particular.

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

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

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

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

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

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

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

**Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la
República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el
Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá
D.C., de fecha 31 de agosto de 2022, de conformidad con lo
expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FLOR MERY BARRANTES LAYTON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 013 2021 00296 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de enero de 2023.

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

El apoderado de la parte demandante solicitó se conforme la sentencia de primera instancia, al considerar que la Porvenir S.A., no logró demostrar que la información emitida al momento del traslado fue clara, precisa, suficiente, toda vez que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que la carga de la prueba corresponde a la demandada cuando se alega el engaño de información.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales, se alegaron o menos resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

I. ANTECEDENTES

La para demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones los aportes realizados. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 28 de abril de 1962; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 11 de enero de 1982; que se trasladó a Porvenir S.A., el 1 de octubre de 1999, sin que dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión acerca de su régimen pensional. Como fundamento normativo, citó el artículo 53 de la Constitución Política y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 y 313114 de 2008

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción, caducidad y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado que realizó la demandante el 21 de diciembre de 1998 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal y como se aprecia en la solicitud

de vinculación documento público que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de enero de 2023, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante, Flor Mery Barrantes Layton a la AFP Porvenir S.A. el 29 de diciembre de 1998, con fecha de efectividad el 1 de febrero de 1999, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima que tenga en su poder, por lo expuesto precedentemente.

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

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. y en favor de la actora, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.200.000.

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

SÉPTIMO: Por Secretaría y previo a remitir el expediente al Superior, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establecen las características del sistema general de pensiones, consagrando que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, que para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado. La H. Corte Suprema de Justicia ha hecho hincapié en que la manifestación de querer trasladarse del régimen de prima media al RAIS debe estar precedida de la libertad informada, como se

consideró en las sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1637 de 2022. Igualmente ha indicado que, las Administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional que le impone, entre otros deberes, el de la brindar la debida información en todas las etapas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que no resulta procedente declarar la nulidad cuando la accionante por voluntad propia se trasladó al RAIS, sin que en ningún momento manifestara su descontento y solo lo hace hasta el año 2013, cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de trasladarse; resaltó que el fallo se sustenta en falta al deber de información por parte de la AFP, no obstante no se tiene en cuenta que al momento del traslado el requisito para poder trasladarse era el diligenciamiento del formulario de afiliación; por otro lado señaló que dicha declaratoria impacta la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 29 de diciembre de 1998.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de enero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO CARLOS AUGUSTO DELGADO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 015 2022 00124 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de diciembre de 2022.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales, se alegaron o menos resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que se demostró en el transcurso del proceso que el actor no seleccionó el régimen de ahorro individual informado, lo cual se confirmó con el interrogatorio de parte, dado que el momento del traslado de régimen pensional, fue ilustrado de manera escueta, sucinta y superficial de los beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad.

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Augusto Delgado, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los costos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació 23 de mayo de 1961; que, desde el mes de abril de 1994 hasta agosto de 1998, estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales; que en el mes de junio de 1998 se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión acerca de su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa N°016 de 2016 y las sentencias de las Corte Suprema de Justicia con radicado N°33083 de 2011, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliado a Porvenir, por lo tanto, no puede tener

como afiliada a la demandante, ni recibir ningún aporte. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado que realizó el actor el 5 de junio de 1998 con la AFP, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de diciembre de 2022, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por el señor CARLOS AUGUSTO DELGADO del régimen de prima medio al régimen de ahorro individual a través de la AFP PORVENIR el día 05 de junio del año 1998 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la AFP PORVENIR traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante correspondiente a aportes, rendimientos financieros a la administradora de régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado todo lo anterior, conforme se expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por la parte demandada y NO CONDENAR EN COSTAS, ni a favor ni en contra de ninguna de las partes.

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

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 1942 de 2022 la elección debe ser libre y voluntaria precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas y desventajas de un cambio de régimen. Respecto de la carga de la prueba, en sentencia SL 1688 de 2019, es la Administradora de Fondos de Pensiones la que tiene el deber de demostrar que cumplió con el deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia de forma parcial, en lo referente al no traslado de la totalidad de la cotización, en consideración a que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto, por lo que los fondos de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado junto con sus rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 5 de junio de 1998.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 5 de diciembre de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ELISEO VIVAS PATIÑO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 016 2021 00034 01

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

SENTENCIA

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

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

Porvenir S.A., solicitó se revoque la sentencia d primera instancia al considerar que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

El señor Eliseo Vivas Patiño, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, todos los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros y valor del bono.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de enero de 1965; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde octubre de 1990 hasta septiembre de 1996; que el 14 de agosto de 1996 se trasladó a Colfondos S.A y posteriormente a Porvenir; sin que los asesores le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 23, 48 y 53 de la Constitución Política; los artículos 1,2,11,13,15,31,33,34 y 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 13, 14,16,19,20,21,260 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 1502,1503,1508 y 1515,1604,1740,1741 del Código Civil, la Ley 33 de 1985, los artículos 30,31,32 y 97 del Decreto 663 de 1993 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 46292 de 2017, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo al accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, diferencias entre el RPM, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de

pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el demandante al momento de suscribir el formulario lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, toda vez que recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de ineptitud de demanda por falta de requisitos formales, falta de competencia, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el actor se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para dicha data se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita el demandante. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado, prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que realizó el demandante señor ELISEO VIVAS PATIÑO, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.265.816, y que tuviera lugar el 14 de agosto de 1996, con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año y por ante la AFP COLFONDOS S.A, ineficacia que se extiende al traslado que posteriormente realizó al fondo privado PORVENIR S.A, debido a la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a

la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, incluyendo todos los valores recibidos por motivo de las cotizaciones, como lo son capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, cuotas, gastos de administración, y en general todos los recursos que se recibieron en el régimen de ahorro individual con motivo de las cotizaciones realizadas en favor de la parte demandante, así mismo se CONDENA a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES los recursos correspondientes al tiempo que estuvo afiliado el demandante a esa administradora y que no hayan sido trasladados a PORVENIR S.A, para que de esta forma el total de los valores, de cotizaciones efectuados sean trasladados a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR en costas de la instancia a PORVENIR S.A y en favor del demandante, agencias en derecho por el monto de MEDIO (1/2) SMLMV y se ABSUELVE de costas a las demás demandadas, practíquese la liquidación por secretaria.

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

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que el demandante al momento de solicitar el traslado se encuentra dentro de la prohibición estipulada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que señala que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión; resaltó que en el presente caso el demandante no contaba con los 10 años suficientes para poderse trasladar, así mismo la decisión voluntaria del actor de trasladarse de fondo le compete a su esfera individual y a las AFP y Colpensiones dentro del negocio jurídico siempre hizo parte pasiva de la misma.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos., el 14 de agosto de 1996.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando el numeral segundo sentencia apelada en el sentido de condenar a Colfondos S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de octubre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Colfondos S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el demandante en dicho fondo.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

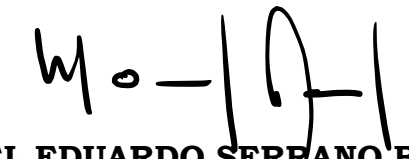
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HERNAN RODOLFO RUIZ LOPEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 017 2021 00109 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de diciembre de 2022.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales, se alegaron o menos resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que resulta inadmisibles determinar que como ciertas la afirmación del fondo de pensiones que con algunos minutos de entrevista se le puede hacer la presentación del régimen de prima media con prestación definida del RAIS, las ventajas y desventajas, la información de los bonos pensionales y su comercialización, la forma de liquidar la pensión.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros aportados durante el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales en el mes de agosto de 1985; que en noviembre de 1999 se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 4, 48, 53, 335 de la Constitución Política; los artículos 13, 14 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, el artículo 48 del Decreto 656 de 1994, los artículos 63, 1746 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31989 de 2008, 46292 de 2014, 36615 de 2019, 68852 de 2019, 56174 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y a la reforma mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional del demandante se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir formulario de afiliación a Porvenir S.A. Propuso entre otras las excepciones de aplicación

del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado efectuado por el demandante en el año 1999, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de diciembre de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO del señor HERNÁN RODOLFO RUIZ LÓPEZ identificado con la C.C. 19.331.296, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado por PORVENIR S.A., fue ineficaz y, por consiguiente, no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el señor RUIZ LÓPEZ, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar el retorno del demandante sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos y rendimientos, y devolver además, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán devolver debidamente indexados y con cargo a sus propias utilidades, conforme lo considerado en precedencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe a favor del demandante la AFP PORVENIR S.A., y convalidarlos en la historia laboral del

demandante, para los efectos de la densidad de cotizaciones a que haya lugar en ese régimen pensional.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

SÉPTIMO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado que las AFP deben obtener el consentimiento informado, ya que dicho procedimiento garantiza que antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio el usuario comprenda las condiciones riesgos y consecuencias de su afiliación, por lo que el formulario de afiliación resulta insuficiente para tener por demostrado que se cumplió en debida forma con ese deber de información, el cual ha sido reseñado por el legislador desde la Ley 100 de 1993 y posteriormente a través del Decreto 663 de 1993, norma por la cual se consagro el estatuto orgánico del sistema financiero colombiano.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia de forma parcial frente al numeral cuarto en lo referente a la devolución de las sumas debidamente indexadas, en consideración en que en la sentencia SL-9316 del 2016 la Corte Suprema de Justicia, precisó que la indexación en la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía, de conformidad con lo anterior resalto que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados, por lo que resulta incongruente dicha indexación, en virtud de que los valores de la cuenta de ahorro del demandante se vieron afectados con la devaluación o inflación de la economía y contrario a ello la AFP siempre garantizó rendimientos a los mínimos establecidos por la ley.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en lo referente a la condena en costas, con fundamento en que dicha condena resulta improcedente de acuerdo a

su naturaleza jurídica, así como también que la entidad es codemandada, toda vez que no participio en el negocio jurídico del traslado de afiliación y su posición de no efectuar el traslado del demandante se realizó con fundamento en la ley y en las pruebas aportadas en el proceso con el formulario de afiliación que se suscribió.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 30 de noviembre de 1999.

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

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

“De ahí que Old Mutual S.A. Pensiones y Cesantías está obligada a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL4964-2018, SL1688-2019, SL2877-2020, SL4811-2020 y SL373-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021 y SL2207- 2021), todos estos debidamente indexados.”

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de diciembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ROSA ESTHER ALBA SALAMANCA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

RADICADO: 110013105 020 2020 00124 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de septiembre de 2022.

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

COLPENSIONES, argumenta que al momento de la solicitud del retorno al RPM, esto es el año 2020, la demandante contaba con 58 años de edad, pues nació el 27 de enero de 1961, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

SKANDIA S.A., solicita mantener inalterable la decisión tomada por el a quo en cuanto en el fallo que se impugna se absolvió a esta AFP como llamada en garantía.

PORVENIR S.A., argumenta que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

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

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde 16 de diciembre de 1980 hasta el 30 de mayo de 1999. Se trasladó a Colmena hoy Protección S.A. Actualmente, se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 53 y 48 de la Constitución Política; artículos 5 y ss., artículo 74 del C.P. del T.; Decretos 2158 de 1948; Decreto 2351 de 1965; Ley 100 de 1993 artículo 13 literal b artículos 36, 61, 271 y 272; Decreto 663 de 1993; artículo 97 No. 1 modificado por el artículo 23 de la ley 797 de 2003; Decreto 656 de 1994; Circular de la Superintendencia Financiera 019 de 1998; artículos 1502, 1508 y 1509 del Código Civil; sentencias SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, CSJ SL 31314 del 9 septiembre 2008, CSJ SL 33083 22 de noviembre 2011, CSJ SL 1236-2014, CSJ SL19447-2017, SCJ SL4964-2018, CSJ SL 4989-2018, SL 2648 del 30 de abril de 2019 radicación 63195.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado a Porvenir se dio en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 112 de la ley 100 de 1993, gozando de plena validez, y en consecuencia no habrá lugar a declarar a la demandante como afiliada a Colpensiones. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Respecto del formulario de vinculación que suscribió la demandante, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en

favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, innominada o genérica.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación realizada por la demandante con Skandia se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación, esto es, del 1 de julio de 2016 al 31 de octubre de 2018 y, conforme a los postulados de buena fe. Propuso entre otras las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe, genérica.

MAPFRE S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de afiliación al RAIS, atendiendo las regulaciones normativas acerca del derecho a la información sobre el particular que en la respectiva época regían, la AFP Protección S.A. debió cumplir a cabalidad con lo que le correspondía. Propuso entre otras las excepciones del acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP Skandia

Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías S.A; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de septiembre de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora ROSA ESTHER ALBA SALAMANCA, efectuado el 27 DE DICIEMBRE DE 1995, hacia la administradora AFP COLMENA HOY PROTECCION S.A, con posterior traslado horizontal a las AFP PORVENIR S.A Y AFP SKANDIA S.A, siendo el último de estos el 26 DE MAYO DE 2016., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión

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

TERCERO: ORDENAR a las administradoras AFP PROTECCION.S. A, AFP PORVENIR S.A Y AFP SKANDIA.S. A., devolver si los hubiese, los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado señora ROSA ESTHER ALBA SALAMANCA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a la interviniente MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS de todas y cada una de las suplicas de la demanda efectuado en el llamado en garantía por la demandada AFP SKANDIA S.A

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

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES, AFP PROTECCION.S. A, AFP PORVENIR S.A Y AFP SKANDIA.S. A., a favor de la parte actora. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte. Se condena a la AFP SKANDIA S.A., en costas a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS., tásense por secretaria en un (1) SMMLV., pagaderos a cuota parte.

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

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a los artículos 271, 272 y el literal b de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; artículos 167 del Código General del Proceso;

artículo 1604 del Código Civil y principalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias radicados 31989, 31314 de 2008, radicado 33803 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 19477 de 2017, SL 4964, SL 1688 de 2018, SL 373 de 2021, la Corte ha indicado que cuando no hay libertad informada la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en razón a que se presenta una indebida o nula interpretación del artículo 1604 del Código Civil. La Corte Suprema de Justicia al interpretar el mencionado artículo, hace que la responsabilidad en cabeza de los Fondos se convierta en objetiva toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de la afiliación, pero sí lo obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el Fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante, esto quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos, toda vez que, la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causa el daño, este aspecto no aplica en casos de traslado de régimen ya que los potenciales pensionados cuentan con el deber de asesorarse, en ese sentido el Decreto 2241 de 2010 muestra las obligaciones de los afiliados que pertenecen al sistema general de pensiones, existen unos deberes mínimos en cabeza de los afiliados, destacándose que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente de permanecer en el régimen.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena, el 27 de diciembre de 1995.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones Skandia S.A, Porvenir S.A., y Protección S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de septiembre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Skandia S.A, Porvenir S.A y Protección S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA HELENA ACHURY PÉREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 021 2020 00397 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Skandia y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 06 de octubre de 2022.

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

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

DEMANDANTE, solicita confirmar la decisión proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral de circuito de Bogotá, pues dicha decisión simplemente está acatando y aplicando las consideraciones vinculantes contenidas en las sentencias de casación proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

SKANDIA S.A., solicita revocar parcialmente, la sentencia proferida en primera instancia, solo hasta la sentencia, el juez ordenó la devolución de gastos de administración, sin previo debate de los mismos y sin que en el escrito de la demanda en los hechos ni en las pretensiones se mencionará los mismos o se solicitaran en su parte petitoria.

I. ANTECEDENTES

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

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el inicio de su vida laboral, esto es desde el 25 de marzo de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1994. De manera posterior, presentó traslado a Protección S.A para el periodo diciembre de 1994. Luego de su traslado inicial presentó traslado horizontal con Skandia para el periodo de agosto de 2017.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política; artículos 2,5,12,19,25,27,28,50,51,54 y 55 del Código Procesal Laboral, ley 100 de 1993, ley 797 de 2003, Decreto 720 de 1994, Decreto 692 de 1994, Ley 795 de 2003, Decreto 663 de 1993 y demás normas y precedentes jurisprudenciales concordantes y complementarios.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el formulario de vinculación que suscribió la demandante, se firmó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante al momento de afiliarse con Skandia, venia de estar afiliada en Protección por ende ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional,

por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante. Propuso entre otras las excepciones de actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, genérica.

MAPFRE S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que frente a la AFP Skandia S.A., el acto de traslado, además de lícito, libre, espontáneo e informado, estuvo plenamente ajustado a las exigencias legales del momento y acaeció en marzo de 2009. Propuso entre otras las excepciones del acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías S.A.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional, reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de octubre de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora CLAUDIA HELENA ACHURY PÉREZ al régimen de ahorro individual el 05 de diciembre de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1° de enero de 1995 por intermedio de COLEMANA hoy PROTECCIÓN S.A., quedando afectado por la ineficacia también el traslado

realizado a SKANDIA S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora CLAUDIA HELENA ACHURY PÉREZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora CLAUDIA HELENA ACHURY PÉREZ por concepto de garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: DECLARAR PROBADAS la excepción propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A relacionadas en la parte motiva frente al llamamiento en garantía y DECLARAR como no probadas las demás excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A, COLPENSIONES y el llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado.

SEXTO: ABSOLVER al llamado en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SÉPTIMO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de SKANDIA S.A y COLPENSIONES.

OCTAVO: COSTAS a cargo de SKANDIA S.A. y a favor MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Líquidense por Secretaría, como agencias en derecho la suma de \$700.000.

NOVENO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con la amplia y consolidada línea jurisprudencial, que claramente constituye precedente judicial, se ha establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 4062 de 2021, SL 1500 de 2022 y SL 1377 de 2022, entre otras, el deber de información donde se ha empezado por señalar que el traslado de régimen pensional debe ser libre y voluntario,

contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe estar precedida para entenderse que hay libertad y voluntariedad en ese traslado de una información suficiente. Dicha información no puede ser libre y voluntaria cuando se desconoce la incidencia que pueda tener la decisión que se está tomando frente a sus derechos prestacionales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial fundamentada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ya que la norma autoriza a los fondos privados para que se le descuenta a los afiliados un porcentaje por la administración de la cuenta de ahorro individual, para los seguros previsionales, comisiones, las primas de invalidez y sobreviviente. Se le está ordenando a Skandia que devuelva dichos emolumentos, en principio los gastos de administración están regulados por la Ley y debido a esa regulación es que la AFP los efectuó teniendo en cuenta que dentro de los gastos de administración están contemplados los seguros previsionales y las comisiones, estos cubren un objeto en específico. Skandia cumplió con el deber legal de realizar el aseguramiento y llevar de manera correcta la administración de la cuenta de ahorro individual. Solicita trasladar la condena a la aseguradora.

La apodera de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación ya que la demandante realizó su traslado al Régimen de Ahorro Individual de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas, cumpliendo con las solemnidades legales. La más afecta, en este caso, es Colpensiones teniendo en cuenta la sostenibilidad del sistema pensional, ya que la afiliación se dio para el año 1994 queriendo decir esto que ya han transcurrido aproximadamente 28 años a la fecha, configurándose así la imposibilidad de probar las circunstancias que rodearon el traslado, siendo que para ese año no era obligatorio dejar un registro documental del mismo. Se debe tener en cuenta que, una persona que no ha estado afiliada por más de 28 años al Régimen de Prima Media pretenda ahora que el sistema sea solidario y requiera beneficiarse de aportes que jamás ha realizado pondría en riesgo el sistema pensional y futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo. De manera subsidiaria solicita, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones

previo a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como los son las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, la anulación de los bonos pensionales, seguros previsionales, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar debidamente indexados. Así mismo, solicita no se condene en costas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar***

un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena, el 5 de diciembre de 1994.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 06 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SIGIFREDO
REYES RODRIGUEZ CONTRA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTA ESP**

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00381 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto de 2021. La sentencia impugnada absolvió de todas las pretensiones formuladas y el

recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la demandada en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara la ineficacia del despido efectuado por violación del debido proceso, junto con el reintegro al cargo y el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales desde el 7 de noviembre de 2017, subsidiariamente solicita el pago de la indemnización por despido injusto.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que sostuvo una relación laboral de manera continua con la demandada desde el año 2011 hasta el año 2017, en donde se celebraron distintos tipos de contratos con sus diferentes modalidades, algunas a término de obra o labor determinada y otra a término indefinido, así como también en distintos cargos, en donde el último contrato suscrito por las partes fue un contrato a término indefinido firmado el día 23 de junio de 2011, para el cargo de Ayudante Nivel 52 cuyo requisito a tenor de la resolución N° 11111 del 16 de noviembre de 2007 vigente para el momento de la firma del contrato era el de acreditar como educación una formación de básica secundaria 9° grado y no tener experiencia; que el

día 17 de octubre de 2017, la oficina de investigaciones disciplinarias de la EAAB-ESP, emitió auto de apertura de investigación en su contra y el 27 de octubre de 2017, lo notificó de la apertura de la investigación disciplinaria con fundamento en un inconsistencia en un título educativo aportado como técnico en administración de empresas, mercadeo y negocios internacionales, el cual se utilizó para suscribir un contrato por obra o labor determinada entre las partes el 9 de septiembre de 2010, no obstante, el 1° de noviembre de 2017, le fue notificada la carta de terminación del contrato de trabajo con justa causa; que con posterioridad el 22 de diciembre de 2017, la personería delegada para la coordinación del eje disciplinario de Bogotá, mediante auto N.º 1288 decidió asumir el poder preferente y el conocimiento del proceso N.º 7419 de 2017 que adelantaba la EAAB y que el 18 de septiembre de 2018, emitió fallo del proceso disciplinario, declarando no probado el cargo formulado al disciplinado ordenando la prescripción de la acción y la absolución de la responsabilidad disciplinaria.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La EAAB, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el actor incurrió en la causal señalada en el numeral 1 del artículo 2.2.30.6.12 del Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública No. 1083 de 2015, que contempla como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo *“1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de*

certificados falsos para su admisión”, precisando que el actor presentó título y acta individual de grado, de 10 de diciembre de 2002, como Técnico en Administración de Empresas, Mercadeo y Negocios Internacionales del Centro Colombo Venezolano “CECOVE”, los cuales resultaron apócrifos, ya que Mediante comunicación del 3 de mayo de 2017, expedida por el CECOVE, se informó que el actor no se graduó como Técnico en Administración de Empresas, Mercadeo y Negocios Internacionales, no obstante, declaró bajo la gravedad del juramento, en el Formato Único de Hoja de Vida – Persona Natural, presentado de conformidad con lo requerido por las Leyes 190 de 190, 489 y 443 de 1998, lo cual también realizó en su hoja de vida personal.

Igualmente, preciso que la causa de terminación del contrato con justa causa no se fundamentó en la falta de los requisitos de estudio para el desempeño del cargo de Fontanero Nivel 52 que desempeñaba para el año 2017, como quiera que el actor ingresó por primera vez a la empresa con contrato por obra o labor determinada para la Dirección Gestión de Compensaciones, el 09/09/2010, como Auxiliar Administrativo Nivel 41, que corresponde a un cargo TECNICO en la Empresa, debiendo cumplir los requisitos de ingreso que señalaba para esa época la Resolución No. 1111 de 2007, que exigía el cumplimiento de los siguientes requisitos: ALTERNATIVA A. ESTUDIOS. Contar con Título de Técnico Profesional y EXPERIENCIA de doce (12) meses relacionada con las funciones del cargo o el área de desempeño y ALTERNATIVA B. ESTUDIOS. Título de Bachiller en cualquier modalidad y EXPERIENCIA de veinticuatro (24)

meses de experiencia en la EAAB-ESP, de suerte que como no cumplía la ALTERNATIVA B, por cuanto no cumplía el requisito de EXPERIENCIA de veinticuatro (24) meses en la misma EAAB – ESP y hasta ahora pretendía su primer ingreso a la Entidad, requería aportar el título de TECNICO para ingresar por la ALTERNATIVA A, por esta razón presentó el título del CECOVE.

Acto seguido, indicó que el actor ingresó por segunda vez a la Empresa con contrato por obra o labor determinada para la División Operación Comercial Zona 4, el 14/03/2011, como Auxiliar Operativo Nivel 41, que también correspondía a un cargo TECNICO en la Empresa, debiendo cumplir los requisitos de ingreso que señalaba para esa época la Resolución No. 1111 de 2007, esto era: ALTERNATIVA A. ESTUDIOS. Contar con Título de Técnico Profesional y EXPERIENCIA de doce (12) meses relacionada con las funciones del cargo o el área de desempeño o ALTERNATIVA B. ESTUDIOS. Título de Bachiller en cualquier modalidad y EXPERIENCIA de veinticuatro (24) meses de experiencia en la EAAB-ESP, concluyéndose nuevamente que el demandante REYES RODRIGUEZ tampoco cumplía la ALTERNATIVA B, por cuanto aun no contaba con el requisito de EXPERIENCIA de veinticuatro (24) meses en la misma EAAB – ESP; por tanto, nuevamente fue su supuesto título de TECNICO del CECOVE el que le facilitó su ingreso por la ALTERNATIVA A.

Finalmente, se explicó que el actor pudo participar y pasar en la Convocatoria No. 2011-004 para el cargo de Fontanero Nivel 52 (inferior al que estaba desempeñando), por el hecho

de estar vinculado a la EAAB-ESP, por lo que se estaba amparado en la justa causa aducida, señalando que no existió arbitrariedad” en la terminación del contrato del trabajo, ya que La EAAB-ESP no se amparó en la apertura de la investigación disciplinaria en contra del Sr. REYES RODRIGUEZ para la terminación del contrato; pues de manera autónoma dio aplicación a las normas del derecho laboral, contenidas en el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública No. 1083 de 2015, numeral 1 del artículo 2.2.30.6.12.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, prescripción, buena fe de la demandada y genérica

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de agosto de 2021, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la EMPRESA DE ACUDUECTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor SIGIFREDO REYES RODRIGUEZ, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante.

TERCERO: Si el presente fallo no fuera apelado, CONSULTESE con el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, conforme al artículo 69 del Código Procesal Laboral, dado que la presente decisión es adversa a las pretensiones del demandante.

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado señaló que como en el trabajador tenía la condición de trabajador oficial era claro que para dicho régimen no existía la figura del reintegro salvo que se hubiere

contemplado en una CCT o presentara alguno tipo de fuero, en consecuencia, se negaban tales pretensiones.

En cuanto al despido injusto, señaló que era claro que en este caso, había sido la demandada quien terminó el contrato de trabajo con fundamento en la justa causa contemplada en el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945, por haber sufrido engaño por parte del trabajador mediante la presentación de certificados falsos para su admisión, concluyendo de las pruebas allegadas y practicadas que el demandante para su primera y segunda vinculación con la entidad demandada presentó certificado de aptitud ocupacional en el programa de Administración de Empresas, Mercadeo y negocios internacionales y acta individual de grado, expedidas el 10 de diciembre del 2002, por Centro Colombo Venezolano CECOVE, lo cual fue aceptado por el demandante en su interrogatorio de parte, acreditándose con la comunicación del 3 de mayo del 2017, expedida por el director de carreras técnicas del CECOVE, que el actor no se graduó de dicha institución en el programa de técnico de Administración de Empresas mercadeo y negocios internacionales.

De lo anterior, concluyó el aquo que el trabajador con la falsedad presentada no solo se benefició de los primeros contratos, puesto que se aprovechó esta situación para adquirir requisitos a efecto de poder acceder al concurso cerrado convocado por la EAAB para proveer algunos cargos, conforme se evidenciaba de la Resolución 1111 de 2007, de suerte que el actor si se valió de ese documento para poder suscribir el último de los contratos a término indefinido como

quiera para poder participar en un convocatoria cerrada, se requería ser trabajador activo de la empresa o que hubiesen prestado el servicio en la misma, resultando claro que el trabajador pudo ingresar para prestar el servicio con este documento señalado como apócrifo y que es aceptado por la parte demandante un interrogatorio de parte.

En ese orden, al hacer entrega de todos los documentos para iniciar el proceso de vinculación a esta entidad estatal de vigencia y adjuntar su hoja de vida de la Función Pública que establece que para todos los efectos legales certifico que los datos por mi anotados en el presente formato de único de vida son veraces razón por la cual se presenta claramente la causal consagrada en el artículo 5 de la ley 190 de 1995, resultaba que la presentación de documentos falsos o con contenido inexacto conllevaba el incumplimiento de los requisitos para acceder al cargo al que se postuló el trabajador constituyéndose en una justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo, sin que tuviera que esperarse a un proceso disciplinario ya que en estos eventos puede darse aplicación directa a la justa causa conforme lo ha indicado la C.S.J., S.C.L, puesto que el despido es diferente a la sanción disciplinaria.

Así las cosas y toda vez que la demandada al darse cuenta de la falta cometida por el actor hasta el año 2017, estaba habilitada para dar por terminado el contrato de trabajo sin necesidad de abrir ningún proceso disciplinario conforme a la Ley o CCT.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del actor interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones que en el presente caso se dio una indebida valoración probatoria, de los hechos y normativa, puesto que en efecto se logró acreditar que existieron 3 contratos independientes, sin embargo, no se tuvo en cuenta desde cuando tuvo la EAAB conocimiento de la falta cometida por el actor para proceder con el despido, puesto que desde el año 2010, se allegó esa documental para verificación entonces no se podría inferir que fue solamente hasta el año 2017 en que se tuvo conocimiento de la misma, por lo que los plazos no eran perpetuos ni podían extenderse a perpetuidad, existiendo así falta de inmediatez, debiéndose considerar que la representante legal cuando dio respuesta a la personería que estaba ejerciendo el control disciplinario, que el actor no se valió de este documento para poder acceder al último contrato a término indefinido.

Adicionalmente, destacó que en este caso lo cuestionable era la vulneración del debido proceso, ya que ni si quiera se llevó a cabo una investigación a fondo sobre el particular e indicó que el a quo determinó que el actor era beneficiario de la CCT, la cual debía analizarse en su integridad ya que esta establecía una ritualidad para proceder con el despido sin injerencia de una falta que era lo que se estaba cuestionando, puesto que si la cancelación del contrato o despido del trabajador o la sanción disciplinaria se llevará a efecto sin observancia de los trámites procedimentales contemplados en

el artículo 49 convencional o si la decisión fuera desfavorable al trabajador, se podría demandar y en caso de sentencia favorable pues se generaría el reintegro con el pago de salarios dejados de percibir, presumiéndose que se debían pagar las prestaciones sociales restantes por la no solución de continuidad en el ejercicio del cargo.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiara si el contrato de trabajo del actor terminó por justa causa, así como las circunstancias que rodearon esa desvinculación para establecer si procede o no el reintegro convencional o la indemnización por despido injusto reclamada.

En esta instancia no se encuentra en discusión que entre las partes se suscribieron 3 contratos de trabajo, así: i) contrato por obra o labor determinada - Auxiliar Administrativo Nivel 41 - vigencia entre el 09 de septiembre de 2010 y el 8 de marzo de 2011; ii) contrato por obra o labor determinada - Auxiliar Operativo nivel 41 - vigencia entre el 14 de marzo de 2011 y 19 de junio de 2011 y iii) contrato a término indefinido - Ayudante nivel 52 - vigencia entre el 23 de junio de 2011 y el 6 de noviembre de 2011, pues así se aceptó por las partes al no plantear inconformidad alguna y se corrobora documentalmente, con lo que además resulta clara la condición de trabajador oficial del señor Sigifredo Reyes.

Igualmente, se encuentra demostrado que la terminación del vínculo laboral obedeció a la decisión unilateral de la EAAB, con fundamento en las razones expresadas en la comunicación de fecha 1° de noviembre de 2007.

Precisado lo anterior, conviene recordar que el artículo 2.2.30.6.12 del Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, contempla los motivos que podrían invocar el empleador o el trabajador oficial para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

También se debe tener cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión.

Así, se tiene que para exonerarse de la indemnización proveniente de la terminación del contrato se deben precisar las razones concretas por las cuales el empleador ha tomado la decisión de terminar el contrato imputable al empleador y la causal en la que lo encuadra, lo cual exige el detalle de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que ocurrieron los mismos, para establecer las razones específicas de la terminación del contrato, para que con posterioridad no puedan aducirse motivos diferentes, debiéndose comprobar que efectivamente acaeció la causal aducida.

Igualmente, se deben observar las formalidades o procedimientos que estén plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos, pues en caso de no cumplirlos, el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que la terminación por justa causa, es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación y por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

En cuanto a la terminación del vínculo laboral del demandante, como se mencionó, al expediente fue incorporada la carta de terminación aludida del 1° de noviembre de 2017, por medio de la cual se informó al actor sobre la terminación del contrato a partir del 7 de noviembre de 2017, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 2.2.30.6.12 del Decreto 1083 de 2015, esto es, *“El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante presentación de certificados falsos para su admisión”*, con fundamento en que verificada la información allegada por el trabajador a su ingreso a la empresa, se procedió a verificar el

título de técnico en Administración de Empresas, Mercadeo y Negocios Internacionales de fecha 10 de diciembre de 2002, expedido por el Centro Colombo Venezolano CECOVE, informándose por dicho centro en comunicación del 3 de mayo de 2017, que el señor Sigifredo Reyes Rodríguez, no se graduó en el referido programa y que adicionalmente la información contenida en ese documento fue incluida en la hoja de vida de la función pública, configurando así una conducta contraria a la establecida en el artículo 5° de la Ley 190 de 1995.

En cuanto a la comprobación de la conducta, se advierte que la misma se encuentra acreditada, por cuanto el señor Sigifredo Reyes Rodríguez, al rendir el interrogatorio de parte reconoció que presentó el documento apócrifo para el primer ingreso a la empresa, esto era para desempeñar el nivel auxiliar administrativo cargo 41, igualmente en tal diligencia aludió que con posterioridad pasó a otro cargo y estando en ejecución del segundo contrato salió concurso para quedar de planta, para el cual se requería solo tener 9 grado de bachiller, por lo que no necesito del documento para ejercer, ascender ni para administrar recursos públicos, ya que para el ultimo contrato de planta cumplía con todos los requisitos.

Igualmente, se aprecia que al consultársele al actor como hizo para cambiar de cargo, el mismo señaló que inicialmente ingreso por un contrato de labor pero que cuando se estaba dentro de la empresa si se habría una convocatoria o concurso, por el hecho de estar dentro de la empresa se podría presentar y así fue que cuando salió el concurso para planta se pudo presentar.

Los anteriores reconocimientos, junto con las documentales obrantes en la hoja de vida del señor Sigifredo Reyes, conllevan a concluir que una vez ingresado al trabajador la información obrante en su hoja de vida era suficiente para optar por convocatorias para nuevos contratos o concursos sin observarse la presentación de nueva documentación cuando se suscribió el segundo y tercer contrato.

En esa medida, resulta claro para esta sala que aunque el señor Reyes Rodríguez, no presentó el documento falso para lograr su última vinculación con la demandada “contrato de trabajo a término indefinido”, esta si se usó para ingresar a la empresa lo que le permitió ser trabajador activo en la misma y poder presentarse a las convocatorias y concursos que se adelantaban y así lograr el empleo de planta, mediante la suscripción del contrato a término indefinido, como puede advertirse de lo estipulado en la Resolución No. 0378 del 14 de junio de 2011 *“Por la cual se conformó una lista de elegibles en la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – ESP”*, en la que se enlisto al actor quedando en la posición No. 12, señalándose en la parte considerativa lo siguiente *“Que mediante convocatoria 2011 – 004, **se convocó a concurso cerrado de ingreso** para proveer 90 cargos vacantes de ayudante nivel 52, pertenecientes a distintas áreas de la empresa”*. Posteriormente, el 22 de junio de 2011, en comunicación 1410001-2011-895¹, se le informó al actor que ante el resultado exitoso de la participación en la convocatoria

¹ Fl. 102 archivo digital hoja de vida Sigifredo parte 1.

aludida sería vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido el 23 de junio de 2011 en el cargo de ayudante nivel 52.

Ahora bien, se cuestiona por el recurrente el momento en que se conoció sobre la falsedad del documento, indicando que esto debió haber ocurrido mucho tiempo atrás, cuestionando así la inmediatez de la decisión, sin embargo, no existe disposición que obligue a la verificación de los documentos presentados en un tiempo establecido y lo cierto es que se tuvo conocimiento hasta mayo de 2017, con la comunicación enviada por la institución CECOVE; adicionalmente la testigo Claudia Patricia Pérez Rico, quien señaló ser contratista en la EAAB, en la dirección de mejoramiento de la calidad de vida que pertenecía a la Gerencia de gestión humana, desde el año 2018 y anterior a ello precisó que hacía parte de una firma de abogados asesores en derecho laboral que prestaban servicios para la EAAB (Echeverri, Pérez y Venegas) desde el 2016, dio cuenta de las actuaciones adelantadas ante la comunicación allegada por parte de CECOVE en materia disciplinaria y penal para desplegar las actuaciones correspondientes y posteriormente ante la acción de tutela que presentó el actor (por violación al debido proceso y por su condición de padre cabeza de familia), la cual finalmente salió a favor de la entidad, convalidándose lo indicado por la testigo con soportes de algunas de estas actuaciones obrantes en la hoja de vida allegada, quedando así desvirtuada la falta de inmediatez.

En lo referente a que en este caso para poder terminar el contrato debió haberse tramitado el proceso disciplinario convencional previo, debe mencionarse que contrario a lo aducido por el recurrente, nuestro Tribunal de cierre tiene como criterio pacífico que el despido no tiene carácter sancionatorio y por ende no se debe agotar un procedimiento de este tipo, salvo que así se hubiese acordado entre el empleador y los trabajadores.

Sobre el particular puede consultarse entre otras la sentencia SL2351-2020, en donde se precisó “La Sala tiene asentada la regla general de que el despido no tiene carácter sancionatorio, por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, la sentencia CSJ SL13691-2016, reiterada en la CSJ SL 1981-2019”, criterio que acoge la sala, en esa medida y como en todo caso en el presente asunto la CCT allegada contemplaba el procedimiento disciplinario para sanciones y dado que el despido no es sanción como se explicó antes, se tiene que en este caso no debía agotarse el procedimiento reclamado por el recurrente.

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

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES HUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HECTOR DE
JESUS BABATIVA DIAZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 026 2020 00441 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Alida del Pilar Mateus, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia emitida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre de 2021 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia impugnada condenó a la demandada al pago de la diferencia de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y el recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de Colpensiones en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que tenía derecho a que la demandada le reliquidara la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, subsidiariamente a la indexación de las sumas y al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el día 22 de agosto de 1957; que como no contaba con el número de semanas requerido para acceder a la pensión de vejez cuando cumplió 62 años

solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva, declarando su impedimento de seguir cotizando al sistema pensional; que el día 12 de noviembre de 2019, la demandada mediante Resolución SUB 308628, le reconoció la indemnización sustitutiva en la suma de \$16.006.363; que mediante Resolución No. SUB 147799 de fecha 10 de julio de 2020, se reliquidó la indemnización sustitutiva en la suma de \$70.482; que ante la anterior determinación presentó recurso de reposición y apelación, resuelto en Resolución SUB 206032 de fecha 25 de septiembre de 2020, confirmada mediante Resolución SUB 206032, en donde se indicó que debía adicionarse a la indemnización la suma de \$1.713.947, finalmente, señaló que de acuerdo con su historia laboral se evidenciaba que el número de semanas cotizadas era mayor y por ende, el monto de la indemnización establecida por COLPENSIONES debía ser superior a la reconocida.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento fáctico y legal de su contestación radicó en que ya se había reliquidado y pagado la indemnización sustitutiva a favor del demandante conforme a derecho, dando aplicación a lo fijado en el art. 37 de la ley 100 de 1993, Decreto 1730 de 2001 y Decreto 1158 de 1994, esto teniendo en cuenta todas las cotizaciones realizadas por el actor, reconociendo los periodos solicitados de octubre 2016 a junio de 2017, tal y como se desprende en las liquidaciones realizadas dentro de los actos

administrativos que se pronunciaron sobre el particular, señalando que con la última resolución, esto era, en la DPE 14552 del 27 de octubre de 2020, se confirmó que no se evidencian sumas a favor a la parte actora, ya que la misma prestación fue reliquidada y estudiada bajo el Acto Administrativo SUB_206032 del 25 de septiembre de 2020, reconociendo en favor del ejecutante la suma de \$1.713.947

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de diciembre de 2021, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la Administradora de Pensiones COLPENSIONES a pagar a favor del señor Héctor De Jesús Babativa Díaz la suma de CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS TRES PESOS CON NOVENTA Y CINCO CENTAVOS (\$442.703,95) por concepto de diferencia de la indemnización sustitutiva de pensiones de vejez.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que indexe dicha suma de dinero a partir del 12 de noviembre de 2019 y hasta el momento en que se efectuó el correspondiente pago.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada COLPENSIONES; Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHENTA MIL PESOS (\$80.000).

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probado que el actor se le había cancelado por concepto de indemnización sustitutiva la suma de \$17.790.792, conforme se desprendía de los diversos actos administrativos emitidos, así procedió a efectuar la

correspondiente liquidación conforme a la normatividad aplicable, tomando para tal efecto la totalidad de las semanas cotizadas por el actor esto es 1098.57 semanas lo cual arrojó la suma de \$18.233.495,85, existiendo por tanto un saldo a favor del demandante por valor de \$442.703,95, suma que debía cancelarse debidamente indexada, desde el 12 de noviembre de 2019, hasta el momento de efectuarse el correspondiente pago. En cuanto a la prescripción, señaló que teniendo en cuenta que la última resolución era del año 2020 y la demanda fue instaurada dentro del año siguiente no se configuraba la misma.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones que conforme lo reflejaba la historia laboral del demandante y los actos administrativos expedidos, se habían tenido en cuenta todas las semanas cotizadas por el demandante, aludiendo además que debía tenerse en cuenta que en todo caso la parte actora no aportó documentales de las que se pudiera colegir que existían semanas de cotización adicionales que no se hubieran podido tener en cuenta dentro de la historia laboral, razón por la cual no deberían pagar las sumas adicionales por las que se estaba condenando.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en efecto existía diferencia a reconocer o no en el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pagada por Colpensiones al actor y en caso afirmativo determinar si el monto establecido corresponde a la aplicación de los parámetros contemplados en la normatividad aplicable al asunto.

En primer lugar, conviene señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que Colpensiones mediante Resolución No. SUB-308628 del 12 de noviembre de 2019, le reconoció la indemnización sustitutiva en la suma de \$16.006.363; ii) que con posterioridad mediante Resolución No. SUB-147799 de fecha 10 de julio de 2020, se reliquidó la indemnización sustitutiva en la suma de \$70.482; iii) subsiguientemente mediante Resolución SUB-206032 del 25 de septiembre de 2020, se determinó adicionar a la indemnización sustitutiva la suma de \$1.713.947 y IV) que Colpensiones tuvo en cuenta para liquidar la indemnización sustitutiva 1.098,57 semanas.

Precisado lo anterior, se precisa que en lo que respecta a la indemnización sustitutiva, debe tenerse en cuenta que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que *“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal*

multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.” y dado que es evidente que el demandante en toda su historia laboral cotizó 1.098,57 semanas y cumplió los 62 años de edad¹, el 22 de agosto de 2019, se tiene que le faltarían más de 3 años de cotizaciones para obtener la pensión, siendo incuestionable la imposibilidad de continuar cotizado que presenta el actor dado que la misma se expuso a Colpensiones desde la solicitud inicial de la prestación y ello además se refleja en la historia laboral, en donde la última cotización que figura es de abril de 2018, razón por la cual, se cumplen todos los requisitos para su reconocimiento.

Precisado lo anterior, se tiene que el Decreto 1833 de 2016, en su artículo 2.2.4.5.3., estable la forma en que se debe cuantificar la indemnización sustitutiva, contemplando para ello la aplicación de la siguiente formula: **I = SBC x SC x PPC** y se puntualiza lo siguiente:

“SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.

SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no maneja separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las

¹ Requisito de edad exigido para ese momento de acuerdo con lo contemplado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.)

cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”

A continuación, se procede a ilustrar las operaciones aritméticas efectuadas en aplicación de la formula antes mencionada, destacando que para ello se solicitó al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, procediera a calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2019 (año en que cumplió los 62 años de edad), para obtener el valor de la indemnización sustitutiva, la cual arrojó la siguiente cifra:

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1979	98	0,560	100,000	178,571	\$ 3.266,33	\$ 583.273,00	\$ 1.905.358,00
1980	324	0,720	100,000	138,889	\$ 5.682,78	\$ 789.275,00	\$ 8.524.170,00
1981	120	0,900	100,000	111,111	\$ 5.790,00	\$ 643.333,00	\$ 2.573.332,00
1982	107	1,140	100,000	87,719	\$ 7.400,19	\$ 649.139,00	\$ 2.315.262,00
1983	280	1,410	100,000	70,922	\$ 9.310,71	\$ 660.334,00	\$ 6.163.117,00
1984	366	1,650	100,000	60,606	\$ 11.655,74	\$ 706.408,00	\$ 8.618.178,00
1985	365	1,950	100,000	51,282	\$ 14.409,86	\$ 738.967,00	\$ 8.990.765,00
1986	365	2,380	100,000	42,017	\$ 14.409,86	\$ 605.456,00	\$ 7.366.381,00
1987	365	2,880	100,000	34,722	\$ 21.126,58	\$ 733.562,00	\$ 8.925.004,00
1988	366	3,580	100,000	27,933	\$ 25.111,48	\$ 701.438,00	\$ 8.557.544,00
1989	365	4,580	100,000	21,834	\$ 38.771,51	\$ 846.539,00	\$ 10.299.558,00
1990	365	5,780	100,000	17,301	\$ 46.721,10	\$ 808.323,00	\$ 9.834.597,00
1991	365	7,650	100,000	13,072	\$ 53.881,64	\$ 704.335,00	\$ 8.569.409,00
1992	337	9,700	100,000	10,309	\$ 69.426,05	\$ 715.733,00	\$ 8.040.067,00
1993	365	12,140	100,000	8,237	\$ 87.849,86	\$ 723.640,00	\$ 8.804.287,00
1994	151	14,890	100,000	6,716	\$ 103.395,70	\$ 694.397,00	\$ 3.495.132,00
1998	360	31,210	100,000	3,204	\$ 282.333,33	\$ 904.625,00	\$ 10.855.500,00
1999	209	36,420	100,000	2,746	\$ 353.081,34	\$ 969.471,00	\$ 6.753.981,00
2002	15	46,580	100,000	2,147	\$ 154.000,00	\$ 330.614,00	\$ 165.307,00
2005	1	55,990	100,000	1,786	\$ 13.000,00	\$ 23.218,00	\$ 774,00
2006	97	58,700	100,000	1,704	\$ 383.773,20	\$ 653.787,00	\$ 2.113.911,00
2007	296	61,330	100,000	1,631	\$ 429.986,49	\$ 701.103,00	\$ 6.917.550,00
2008	172	64,820	100,000	1,543	\$ 426.709,30	\$ 658.299,00	\$ 3.774.248,00
2009	64	69,800	100,000	1,433	\$ 467.000,00	\$ 669.054,00	\$ 1.427.315,00
2011	193	73,450	100,000	1,361	\$ 452.963,73	\$ 616.697,00	\$ 3.967.417,00
2012	254	76,190	100,000	1,313	\$ 532.385,83	\$ 698.761,00	\$ 5.916.176,00
2013	86	78,050	100,000	1,281	\$ 513.290,70	\$ 657.643,00	\$ 1.885.243,00
2014	286	79,560	100,000	1,257	\$ 597.765,73	\$ 751.340,00	\$ 7.162.775,00
2015	173	82,470	100,000	1,213	\$ 613.369,94	\$ 743.749,00	\$ 4.288.953,00
2016	300	88,050	100,000	1,136	\$ 689.000,00	\$ 782.510,00	\$ 7.825.100,00
2017	360	93,110	100,000	1,074	\$ 738.000,00	\$ 792.611,00	\$ 9.511.332,00
2018	120	96,920	100,000	1,032	\$ 781.300,00	\$ 806.129,00	\$ 3.224.516,00
Total días	7690	Total devengado actualizado a				2019	\$ 188.772.259,0
Semanas Cotizadas S.C.	1098,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 171.834,31
Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.							8,472%
VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a						2019	\$ 15.992.130,00

Como se observa, el cálculo realizado en esta instancia es inferior a la cifra establecida por el a quo e incluso inferior a las liquidaciones efectuadas por Colpensiones, por lo que se procederá a REVOCAR la decisión, bajo el entendido que no existe diferencia a reconocer en favor del demandante.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de diciembre de 2021, en el sentido de absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones impetradas por el señor Héctor de Jesús Bavativa, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante.

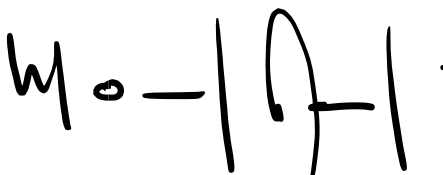
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NEGIA CURE OSORIO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A

RADICADO: 110013105 030 2020 00326 01

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

SENTENCIA

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

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

COLPENSIONES, argumenta que no es justo que se condene a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, por cuanto no fue la causante del traslado al RAIS ni incentivo a la demandante a que se desafilara del extinto ISS. Entonces al no haber un hecho generador o una prueba que indique o infiera que Colpensiones hizo incurrir en error a la actora no puede ser posible la condena de recibir los aportes de la cuenta de ahorro individual por existir otras formas de restablecer el derecho de la demandante sin que se afecte a la entidad.

DEMANDANTE, menciona que se demostró y probó que dentro del presente trámite procesal, las entidades demandadas no pudieron demostrar de ninguna manera que al momento del traslado del régimen pensional se haya presentado una información clara, completa, comprensible y transparente en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia que debían cumplir las administradoras de los fondos de pensiones al momento del traslado del régimen pensional o de las afiliaciones de potenciales afiliados en cumplimiento del deber de información y del deber de buen consejo.

I. ANTECEDENTES

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

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media del 30 de noviembre de 1981 al 30 de junio de 2000, por intermedio de diversos empleadores. Por exigencia de su empleador se trasladó a Colfondos el 22 de junio de 2000 al 30 de septiembre de 2012. Finalmente, el 2 de agosto de 2012 se trasladó a Old Mutual hoy Skandia.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política; los artículos 11, 21, 31, 36, 50, 141, 142, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993; los artículos 12, 13, 20 y 35 del Acuerdo 049 del ISS, reglamentado por el Decreto 758 de 1990; artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 6, 25 y siguientes, 74 y 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social; la Ley 1149 de 2007; el Decreto 2351 de 1965; artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil; Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, con ponencia de la Magistrada Elsy Del Pilar Cuello Calderón, mediante las sentencias reconocidas con los radicados No. (s) 33083 del 22 de noviembre

de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014, sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989 Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 782 del 14 de marzo de 2018 y SL 1452 del 3 de abril de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se evidencia que se proyecta esta acción con el fin de tener beneficios económicos; el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió de AFP lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el art. 1754 del cc pues acepta las condiciones que hacen parte de éste régimen. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica, buena fe.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que los asesores comerciales de Colfondos brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen

realizado por la actora no presenta ninguna irregularidad que pueda predicar la ineficacia de traslado, pues fue la manifestación de un acto voluntario con Skandia, el cual estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades, esto probado mediante formulario de afiliación allegado como documentales en el presente cuerpo de la contestación y regidos por el artículo 1495 del Código Civil. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora NEGIA CURE OSORIO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 36.540.577 de santa Marta, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Los Seguros Sociales al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A a partir del 1° de agosto de 2000, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora NIGIA CURE OSORIO al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que ha permanecido en dicha administradora esto es desde el 1° de octubre de 2012 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

CUARTO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1 de agosto de 2000 a 30 de septiembre de 2012 los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.

QUINTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEXTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: Condenar en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Por secretaría liquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (MCTE)(\$3.600.000) a cargo de cada una de las administradoras y a favor de la demandante.

OCTAVO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

NOVENO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que los fondos de pensiones tienen la responsabilidad de demostrar en juicio que documentaron suficientemente el cambio de régimen esto quiere decir que el posible afiliado recibió la asesoría necesaria para tener los suficientes conocimientos para tomar una decisión debidamente informada suministrándole de esta manera las bondades y beneficios de estar en el régimen de prima media así como desventajas de estar en uno y otro régimen, así como también, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación solicitando se condene a la AFP Colfondos a tratar a la demandante conforme a las reglas del Régimen de Prima Media si se confirma en segunda instancia que existió omisión en el deber de información. Se está afectando a Colpensiones al verse obligado a aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional, es decir, Colpensiones está siendo condenado por un hecho que no cometió al ser un tercero de buena fe. El daño financiero que se está generando en Colpensiones radica en que su estructura es piramidal, el ordenar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración a Colpensiones, no suple el hueco financiero y el daño ocasionado, por cuanto los valores destinados a seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional generalmente quedan en el aire,

no existe garantía para Colpensiones recuperar esos valores que disminuyen considerablemente el total del capital ahorrado por la demandante.

La apodera de SKANDIA, interpuso recurso de apelación parcial en razón a que la decisión no se ajusta a las realidades fácticas que se presentaron en la actual circunstancia, teniendo en cuenta que el negocio jurídico celebrado entre la demandante y Skandia fue un traslado entre administradoras y, por tal motivo, Skandia dio cumplimiento legal a lo que le era pertinente, es decir, administrar la cuenta de ahorro individual. Evocando principios constitucionales de equidad y de justicia, no se puede desconocer el trabajo realizado por Skandia devolviendo los gastos de administración. En cuanto a los seguros previsionales, no se pueden tampoco devolver teniendo en cuenta que éstos no han sido administrados por Skandia sino que fueron girados directamente a una aseguradora para que esta administrara los dineros mediante un contrato de seguro para cubrir unos riesgos de invalidez y sobrevivencia, que tampoco hacen parte del reconocimiento y pago de la pensión de vejez. En igual sentido, tampoco se le puede condenar a Skandia a devolver los dineros de manera indexada por cuanto ese no fue el debate probatorio en el proceso. Así mismo, solicita no se condene en costas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace

libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A, el 22 de junio de 2000.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de agosto de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEBA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARCELA RÍOS ACOSTA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A

RADICADO: 110013105 035 2022 00132 01

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

SENTENCIA

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

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

COLPENSIONES, argumenta que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el 17 de noviembre de 2021, la demandante contaba con 50 años pues nació el 07 de abril de 1971, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

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

DEMANDANTE, menciona que se debe resaltar que la declaración de ineficacia junto con las condenas impuestas por el a quo, obedecen a la realidad jurídica y el acervo probatorio del proceso, dando correcta aplicación al artículo 271 de la ley 100 de 1993 y al precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha manifestado de forma reiterada desde la SL31898 de 2008 hasta la SL3156 de 2022, que la declaración de ineficacia surge tras la comprobación de la falta al deber de información de las AFP al momento de realizar traslado de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

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

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana De Pensiones - Colpensiones, desde el 1 de agosto de 1991 hasta junio de 1995. El 10 de septiembre de 1996, realizó traslado de Régimen a Horizonte Pensiones Y Cesantías, hoy la Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. El 21 de marzo de 2000 realizó traslado a Colmena Cesantías y Pensiones, hoy la Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A. El 24 de junio de 2004 realizó traslado a la Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Finalmente, el 7 de septiembre de 2018 realizó traslado a Old

Mutual Fondo de Pensiones Obligatorias, hoy Skandia Pensiones y Cesantías.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13 y 48 de la Constitución Política de Colombia; artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; el artículo 97 del Decreto 663 de 1993; artículo 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; artículo 167 del Código General del Proceso; artículo 1, 4, 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; Decreto 2241 de 2010; Decreto 2071 de 2015; Circular 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera de Colombia; Sentencias SL 46292 de 2014, SL 12136 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 037 de 2019, SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019, SL 1845 de 2019, SL 2030 de 2019, SL 2817 de 2019, SL 2282 de 2019, SL 3852 de 2019, SL 4343 de 2019, SL 4360 de 2019, SL 4424 de 2019, SL 4426 de 2019, SL 4933 de 2019, SL 4911 de 2019, SL4856 de 2019, SL 4937 de 2019, SL 5144 de 2019, STL 3186-2020, SL2877-2020, SL 782 de 2021, SL 1440 de 2021, SL 1442 de 2021, SL 1465 de 2021, SL 1467 de 2021, SL 1741 de 2021, SL 1743 de 2021, SL 1942 de 2021, SL 1948 de 2021, y SL 1949 de 2021, SL 3769 de 2021, SL 584 de 2022, SL 587 de 2022, SL 556 de 2022, SL 551 de 2022, SL 445 - 2022 y las sentencias de tutela STL 58288 y 57200 del 18 de marzo de 2020 y 57158 del 15 de abril de 2020.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, la afiliación realizada por la parte demandante con Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no es posible declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen De Prima

Media, cuando lo cierto es que su afiliación con Skandia se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, propiciándole a la demandante toda la información pertinente. Propuso entre otras las excepciones de actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte actora no puede pretender la declaratoria de una nulidad o ineficacia soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Porvenir S.A., inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa,

inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de agosto de 2022, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por MARCELA RIOS ACOSTA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP HORIZONTE (HOY PORVENIR S.A.), y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP SKANDIA S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCION, SKANDIA S.A Y PORVENIR S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a MARCELA RIOS ACOSTA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías SKANDIA S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones, Protección S.A y Skandia S.A.

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

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 440 de 2021, SL 081 de 2021, SL 145 de 2021, se menciona que el fondo es quien debe demostrar que brindó la información. En sentencia como la SL 2207 de 2021, resaltó que no es suficiente la información que está en las leyendas de los formularios sino que las AFP tienen la obligación del buen consejo que es el de informar adecuada y detalladamente a los cotizantes.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación ya que no existen los presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del traslado del acto de afiliación demandado con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en virtud que su aplicación debe hacerse íntegramente atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas señaladas las competentes. Colpensiones fue ajeno a la libre elección de la demandante de trasladarse de régimen pensional; se debe tener en cuenta que estaba vigente el Decreto 720 de 1994. Aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, en las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y la SU 130 de 2013 se menciona que nadie puede resultar subsidiado acosta de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este régimen. Solicita se ordene a los fondos privados no realizar deducciones por seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y, así mismo, solicita no se condene en costas.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación solicitando sea revocado el numeral dos de la sentencia de primera instancia esto en razón a que, respecto de los gastos de administración conforme artículo 20 de la Ley 100 de 1993 la tasa de cotización es del 13,5% del IBC, en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del IBC se destina a las cuentas individuales y ahorro pensional, un 0,5% del IBC se destina al fondo de garantía de pensión mínima y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración. Para el caso en concreto, no existe sustento legal alguno para ordenar trasladar al régimen de prima media el porcentaje de los gastos de administración, la prima de seguros de fogafin y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, concluyendo que no es posible reintegrar las sumas descontadas por los conceptos de comisión de administración dado que se destinó una parte a pagar las pólizas para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., el 10 de septiembre de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes

pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO PEDRO JOSE BUSTOS CHAVES
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCION S.A Y COLFONDOS

RADICADO: 110013105 038 2021 00059 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de enero de 2023.

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

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que la para demandante, se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecido en la Ley 797 de 2003, lo que deviene la imposibilidad de trasladarse de régimen, así como también el traslado realizado ante la AFP goza de plena validez.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que la AFP Protección no logró acreditar que el traslado que realizó el 22 de marzo de 1996, estuviese precedido de

la suficiente ilustración e información, razón por la cual se vulneró el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El señor Pedro José Bustos Chaves, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A, así como también a Colfondos SA y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 20 de septiembre de 1959; que cotizó desde el 1 de marzo de 1985 627 semanas al Instituto de los Seguros Sociales; que el 1 de abril de 1985 se trasladó a Protección S.A., posteriormente el 1 de mayo de 2006 a Colfondos S.A y el 1 julio de 2007 se trasladó nuevamente a Protección S.A., sin que los asesores a dichos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6,25, 74 y 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, la Ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, la Constitución Política y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014,17595 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la Administradora Privado, por lo que no resulta procedente la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad

jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que se está ante un acto existente, valido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió el actor, el cual se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de dicha forma la afiliación con la AFP. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, perfeccionamiento de actos de relacionamiento, reconocimiento de restitución mutua y la genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la AFP brindo una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por PEDRO JOSÉ BUSTOS CHAVES con destino a la AFP PROTECCIÓN S.A. con ocasión de la suscripción del contrato de afiliación el 22 de marzo de 1996. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, a la AFP PROTECCIÓN S.A y a la AFP COLFONDOS S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES los recursos percibidos en el RAIS por

parte del demandante por concepto de aportes legales, durante el tiempo en que permaneció vinculado a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

_____ x VALOR HISTORICO = VALOR INDEXADO

(Valor de Cada Cotización)

INDICE INICIAL

Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el pago de los recursos correspondientes y como índice final, el del momento en que se efectúe el traslado de los recursos con destino al RPMPD, Siendo pertinente señalar que las accionadas cuentan con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se apliquen las diferencias con cargo a recursos propios de las AFP PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A en proporción al tiempo en que el demandante permaneció vinculado en cada una de estas administradoras. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Ahora bien, de subsistir saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual del demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones. Teniendo en cuenta que se evidencia que el demandante efectuó aportes voluntarios, respecto de los cuales se hicieron descuentos por concepto de comisiones, los valores correspondientes a estos aportes voluntarios, de permanecer en la cuenta de ahorro individual, deberán ser reembolsados al incoante de la acción, debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

INDICE FINAL

_____ x VALOR HISTORICO = VALOR INDEXADO

(Valor de Cada Aporte Voluntario)

INDICE INICIAL

Habilitando a la accionada para que del importe correspondiente deduzca las comisiones de administración que en su momento se recaudaron, esto por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia

TERCERO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor de la demandante.

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha señalado que en caso de que no se acredite que se le suministro la información al afiliado de manera automática se realiza la declaratoria de ineficacia al margen de que existan o no vicios en el consentimiento, en consecuencia, acatando dicho criterio jurisprudencial declarara la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS; en virtud de que el demandante realizó su solicitud de traslado al RPM cuando ya se encontraba inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene en la imposibilidad legal de traslado; afiliación que goza de plena validez por lo que no puede el demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse; precisó que el demandante hubiese evidenciado las irregularidades de su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba y no fue hasta este momento que decide solicitar su traslado aduciendo engaño por parte de la AFP; resaltó que la selección de uno u otro régimen genera obligaciones reciprocas; refirió que la permanencia del actor en el régimen evidencia que aceptó y se acogió las reglas, normas y procedimientos.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía,

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 22 de marzo de 1996.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Protección S.A. y Colfondos, a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de enero de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A y Colfondos S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el demandante en dichos fondos.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SONIA CAMACHO CEPEDA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 039 2021 00511 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de noviembre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo) encontrándose frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la APF Porvenir S.A., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que en el presente asunto ninguno de los presupuestos legales, se alegaron o menos resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones.

El apoderado de la parte demandante manifestó que Porvenir no acreditó haber suministrado la asesoría a que por ley estaba obligada, en la que se pusiera de presente las características de cada uno de los regímenes pensionales, las condiciones de acceso a las prestaciones, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como las consecuencias que debía asumir por el traslado de régimen.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, de los aportes realizados junto con los rendimientos, frutos, intereses y bono pensional si hubiere lugar a ello.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 7 de diciembre de 1964; que cotizó entre al 12 de marzo de 1985 hasta el 17 de noviembre de 1994 al Instituto de los Seguros Sociales; que el 17 de noviembre de 1994 se trasladó a Porvenir S.A., sin que se le hubiera brindado una información completa, integral, veraz y transparente sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas, las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que el mismo impactaría su mesada pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, la Constitución Política, el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994, la Ley 1328 de 2009, el Código Civil; las sentencias

de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 46292 de 2014, 64814 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la afiliación realizada por parte de la demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de noviembre de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora SONIA CAMACHO CEPEDA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y con efectividad a partir del 01 de diciembre de 1994 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la demandante jamás se separó el régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos, bonos pensionales si se han redimido, así como los gastos o comisiones de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos tres conceptos debidamente indexados al momento de cumplir el fallo.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que los que habla el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

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

QUINTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia y en contra de PORVENIR.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SÉPTIMO: CONCÉDASE el grado jurisdiccional de consulta la presente sentencia por resultar órdenes a cargo de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia de forma parcial respecto a la condena de las sumas que se deben trasladar a Colpensiones, al considerar que constituye una doble sanción a la AFP a reintegrar valores distintos a lo que dispone la normatividad y que sean indexadas; en virtud de que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión efectuada supera con creces la posible pérdida del poder adquisitivo.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que la demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo

con los preceptos legales y jurisprudenciales; así como tampoco se acreditó algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del traslado; así como tampoco se debe desconocer el cumplimiento de los deberes que recaen en los afiliados en el sistema general de pensiones como el emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como son entre otras la afiliación, el traslado de administradora o de régimen pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar***

un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 17 de noviembre de 1994.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de noviembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

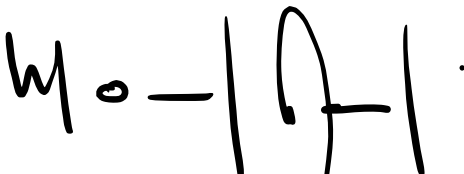
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MERY ELIZABETH TELLEZ FAJARDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 040 2021 00111 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de diciembre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que no es posible acceder a las súplicas invocadas en la demanda interpuesta por la demandante, encaminada a que se declare la ineficacia del traslado que hizo al RAIS, en virtud de que ha quedado saneado con el tiempo las nulidades relativas que hubiesen podido surgir, pues se evidencia en el escrito de demanda que si existió algún tipo de error en el consentimiento el mismo ha quedado saneado con el paso del tiempo.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima

media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con Porvenir, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documentos prueba de la libertad de la afiliación.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare nulo e ineficaz la afiliación que realizó a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la esta AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 3 de abril de 1958; que realizó cotizaciones para pensión al Instituto de los Seguros Sociales desde el 6 de octubre de 1987 hasta el 30 de noviembre de 2000; que se trasladó el 25 de octubre de 2000 a Horizonte hoy Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubiera suministrado una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos condiciones y riesgos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la demandante al momento de suscribir el formulario o hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, ya que recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesarios para atender las condiciones beneficios,

características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que debe demostrarse el engaño sufrido por la accionante recibido por la AFP, así como la falta de información al momento de la asesoría. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“Primero: DECLARAR la ineficacia del traslado que MERY ELIZABETH TELLEZ FAJARDO efectuó 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 la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. anteriormente HORIZONTE, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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, la citada AFP 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.

Tercero: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte 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.

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

Quinto: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A y en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a un SMLMV.

Séptimo: CONSULTAR esta sentencia con el superior SALA LABORAL DEL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S. en lo desfavorable a Colpensiones.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha venido trazando una uniforme línea jurisprudencial sobre la serie de obligaciones y deberes de los fondos de pensiones relacionados con el deber de información ha indicado que no es cualquier tipo de asesoría, sino aquella que permite el ejercicio de la libertad informada cuya infracción castiga la ley 100 de 1993.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., el 25 de octubre de 2000.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de diciembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUER

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ALFONSO NARVÁEZ MAYA contra CHEVRON PETROLEUM COMPANY y AFP PORVENIR. Radicación No. 11001-31-05-026-**2019-00162**-01.

Bogotá D. C. diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; la presente sentencia se emite de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra el fallo de fecha 1º de junio de 2021, proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra Chevron Petroleum Company y AFP Porvenir con el objeto que se declare que entre él y la primera entidad referida existieron dos contratos de trabajo, uno, del 2 de julio de 1973 al 30 de junio de 1976, y otro, del 12 de julio de 1976 al 15 de enero de 1995; y que dicha empresa tiene a su cargo el reconocimiento de los aportes pensionales. Como consecuencia, solicita se condene a Chevron Petroleum Company a solicitar a la AFP Porvenir la elaboración del cálculo actuarial por el tiempo laborado y a efectuar el pago de los valores que resulten de esa liquidación; y se condene a la AFP a elaborar dicho cálculo actuarial; de otro lado, se condene al pago de costas procesales.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que laboró para la empresa Chevron Petroleum Company en las fechas antes referidas,

mediante contratos de trabajo a término indefinido y que su último salario integral mensual asciende a \$1.955.800; de otro lado, informa que el 15 de febrero de 1995 celebró con esa entidad "CONCILIACIÓN LABORAL", realizada en la Inspección Diecisiete de Trabajo de Bogotá, en la que se concilió lo siguiente: "Los extremos laborales del Contrato de Trabajo son como extremo inicial el 12 de julio de 1976 y el extremo final el 15 de enero de 1995", "El salario base de liquidación será el integral mensual equivalente a \$1.955.800" y "Se incluyen en la liquidación el pago por concepto de "pacto único por pensión" equivalente a \$89.973.260"; de otro lado, narra que la empresa empleadora no realizó el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión, y por ende, dejó de cotizarle 1.106.1 semanas de cotización; pone de presente que adelantó un proceso ordinario contra Chevron Petroleum Company, radicado 2007-1179, que cursó ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el que pretendió el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación; no obstante, dicho juzgado declaró probada la excepción de cosa juzgada, sentencia que fue confirmada en segunda instancia; señala que si su empleadora hubiera cotizado las semanas al sistema de seguridad social en pensión, tendría derecho a percibir una pensión de vejez dentro del régimen de ahorro individual al que se encuentra afiliado; sin embargo, indica que el 14 de marzo y el 24 de abril de 2018, solicitó ante Colpensiones la liquidación del cálculo actuarial por los períodos laborados; no obstante, dicha administradora contestó que la competente para resolver esa petición era la AFP Porvenir por encontrarse afiliado a esa entidad, y por tal razón, el 15 de junio de 2018, radicó ante la AFP Porvenir la solicitud de liquidación del cálculo actuarial, entidad que el 20 de ese mes y año contestó que para realizar dicha liquidación debía realizarse la solicitud por el representante legal del empleador.

3. La demanda se presentó el 5 de marzo de 2019 (pág. 115 PDF 01), siendo admitida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto de fecha 6 de mayo del mismo año (pág. 116 PDF 01).
4. Las diligencias de notificación personal se surtieron así: el 21 de agosto de 2019 a la AFP Provenir (pág. 126 PDF 01), y el 10 de febrero de 2020 a la demandada Chevron Petroleum Company (pág. 169 PDF 01).
5. La demandada Porvenir AFP contestó la demanda oponiéndose únicamente a la pretensión que busca la realización del cálculo actuarial bajo su responsabilidad; frente a los hechos aceptó los relacionados con la petición

que realizó el actor ante esa AFP y la respuesta dada a la misma; y respecto a los demás manifestó no constarle los mismos. Propuso en su defensa las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe de la AFP Porvenir, prescripción y compensación (pág. 148-152 PDF 01).

6. Mediante proveído del 7 de noviembre de 2019 el juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir (pág. 162 PDF 01).

7. La demandada Chevron Pretroleum Company, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con el vínculo laboral existente entre las partes, aunque aclara que del 2 de julio de 1973 al 30 de junio de 1976, el demandante se desempeñó como aprendiz Sena, y desde el 12 de julio de 1976 hasta el 15 de enero de 1995 prestó sus servicios como trabajador permanente de Texas Petroleum Company (hoy Chevron Pretroleum Company); aceptó el último salario devengado, y el contenido del acuerdo que se celebró entre las partes, para lo cual precisó que dicha acta de conciliación se suscribió el 19 de enero de 1995 ante el Ministerio del Trabajo, pagándose al trabajador una suma de \$89.973.260 como *"Pacto Único de Pensión, la cual cubre y compensa cualquier obligación de carácter pensional, Incluido el pago de los aportes pensionales que se pide con esta demanda, en consecuencia, dicha conciliación tiene plena validez y eficacia"*; narra que el demandante junto con su esposa solicitaron la realización del referido pacto por ser *"más favorable y beneficioso para sus intereses económicos, la entrega de la suma de \$89.973.260.00, en el año 1995, en vez, de una pensión que se causaría en el futuro, siendo esta prestación, absolutamente incierta y discutible, porque el señor, Narváez Maya, no tenía los requisitos legales para obtenerla"*; agrega que dicha suma acordada estuvo soportada en un cálculo actuarial revisado y aceptado por la *"Unidad de Planeación y Actuaría del Instituto de Seguros Sociales"*, el cual tuvo en cuenta la vida probable del demandante, suma que al actualizarla a la fecha representa un valor de \$504.562.789.97; de otro lado, indica que el proceso que el demandante tramitó con anterioridad fue objeto de recurso de casación, el que fue negado y por tanto, quedó en firme la providencia así como los efectos de la cosa juzgada, excepción que se debe declarar en este proceso porque en el anterior se determinó que el actor no había estado afiliado al sistema general de seguridad social, como también se pide en esta demanda; además, informa que el demandante también instauró otra demanda que conoció el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en la que solicitó la reliquidación de acreencias laborales, y de igual forma se declaró probada la excepción de cosa juzgada al no haberse demostrado vicio alguno en el consentimiento del

demandante para suscribir el acta conciliación de fecha 19 de enero de 1995, y aunque esa sentencia fue objeto de recurso de casación, la Corte mediante sentencia del 20 de octubre de 2008, no casó la decisión. Propuso en su defensa las excepciones de cosa juzgada, inexistencia las obligaciones, cobro de lo no debido, doctrina probable, compensación y prescripción (pág. 209-232 PDF 01).

8. Con auto del 13 de octubre de 2020, se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 1 de diciembre de 2020 (pág. 352 PDF 01); diligencia que se realizó ese día, y en la misma se señaló el 10 de febrero de 2021 para audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 03), la que se reprogramó para el 31 de mayo de 2021 (PDF 05), no obstante, por “*problemas técnicos*” se realizó al día siguiente.
9. El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 1º de junio de 2021, declaró probada la excepción de cosa juzgada y en ese sentido, absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda y condenó al demandante al pago de costas procesales, tasándose las agencias en derecho en la suma de \$1.200.000 (PDF 08).
10. Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que manifestó “*Dentro del trámite procesal el problema jurídico consistió en establecer si Chevron Petroleum Company se debía condenar a solicitar a su cargo ante Porvenir la elaboración de un cálculo actuarial por el tiempo de servicios prestados por el señor Luis Alfonso Narváez Maya, quien laboró para esta empresa en los períodos comprendidos entre el 2 de julio de 1973 y el 30 de junio de 1976 y desde el 12 de julio 1976 hasta el 15 de enero de 1995; y a Porvenir a efectuar el trámite del cálculo actuarial a cargo pues de esta empresa; además de este problema jurídico, digamos que el debate se centraba igualmente la sentencia en relación a la cosa juzgada que podría presentarse en relación con la conciliación laboral que se llevó a cabo entre las partes ante la Inspección Diecisiete del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el día 15 de febrero de 1995, las partes conciliaron en aquel momento tanto los extremos laborales del contrato de trabajo como el salario base de liquidación, además de los emolumentos de carácter laboral y adicionalmente se incluyó allí el pago por concepto único o pacto único de pensión, equivalente a \$89.973.260; en este trámite procesal esta parte no discutió la validez o no de la conciliación efectuada en ese momento, ni tampoco discutió en ningún momento, incluso hace parte de los hechos incluidos en la demanda, acerca de las decisiones que se tomaron en su momento por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá o del Juzgado Séptimo, o que subió posteriormente al Tribunal Superior de Bogotá, e igualmente fue definido a través de la*

sentencia de casación referida mediante la sentencia acabada de proferir, pero es importante señalar que estos trámites procesales, estos procesos digamos, en ellos se debatieron situaciones diferentes a las que aquí se debaten; en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito se debatió el reconocimiento de una pensión de jubilación a cargo de la empresa Chevron Petroleum Company y en el Juzgado Séptimo y con posterioridad en el Tribunal Superior del Distrito y en la Corte Suprema de Justicia, se debatió acerca del reconocimiento de derechos de carácter eminentemente laboral; en este caso, de acuerdo digamos a las normas que establecen desde el Acuerdo 224 de 1966, aprobado el Decreto 3041, la obligación de los empleadores de garantizar con la afiliación y el pago de aportes a la seguridad social los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que deben ser cubiertos por el sistema con sus prestaciones de carácter pensional, económico, pues lo que buscamos es que se obligue, se ordene el pago de estos aportes a cargo de la empresa, y el trámite se realice por parte de la empresa administradora a la cual se encuentra afiliado el demandante. En ese sentido consideramos que no hay identidad en cuanto al objeto y la causa que tienen tanto estos trámites procesales que se desarrollaron y por los cuales se declaró la cosa juzgada y los cuales se hizo un estudio por parte de los despachos jurídicos como lo establece la sentencia impugnada, sino que se trató de situaciones totalmente diferentes, al respecto importa señalar que la sentencia SL1935 de 2020, en un caso muy similar, incluso en relación con la empresa demandada, señaló que este pacto único de pensión no puede cobijar el pago de aportes a la seguridad social que correspondía en este caso a la empresa demandada, dice al respecto esta sentencia y me permito citarla, desde lo estrictamente jurídico la censura pretende demostrar que el denominado pacto único de pensión por su vocación y finalidad, comprende la compensación del derecho a los aportes pensionados causados en beneficio del trabajador, para resolver, además de lo explicado al resolver los dos cargos anteriores, cumple precisar que si bien esta Corporación ha admitido la posibilidad de celebrar pactos únicos de pensión, lo cual no se discute por esta parte, ello ha sido en el contexto de una pensión adquirida y, por lo tanto innegociable como pensión irrenunciable como derecho pero susceptible de solucionar o pagar anticipadamente; para ello también refiere esta sentencia, la sentencia SL17740 de 2015 y la SL17778 de 2016, supuesto que, entre otras cosas, la censura no se ocupa de acreditar, en cambio, de cara a la posibilidad de disponer de los aportes pensionales por servicios prestados en el banco de acuerdos conciliatorios, la Corte ha explicado que estos acuerdos conciliatorios o estos mecanismos de autocomposición encuentran un límite en el respeto a los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles del trabajador, sin que tales características se pierdan o diluyan por el hecho de que el empleador los cuestione en el momento de la reclamación, por cuanto con derecho será cierto, real e innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le den origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad, y de forma más específica, sobre las cotizaciones al sistema general de pensiones por los periodos laborales, enseñó que, la conciliación celebrada entre las partes tiene validez, salvo que transgreda derechos mínimos, ciertos e indiscutibles, que es lo ocurrido en este caso, por ende, a ese acto no se le puede otorgar los efectos de cosa juzgada que se predica

normalmente de este instrumento, en la medida en que recayó sobre una prerrogativa legal irrenunciable como lo es la financiación o los aportes que permiten estructurar la prestación pensional por vejez del trabajador por un período considerable de casi 24 años de servicio; no podían las partes disponer de este derecho común a todo trabajador y correlativa obligación del empleador, que desde la expedición de la Ley 90 de 1946 y obligatoriamente a partir del 1º de enero de 1967, por cuenta del Acuerdo 244 de 1966, así lo dice la Corte, requirió una afiliación y consiguientes aportes al entonces Instituto de Seguros Sociales, con el propósito de cobijar los riesgos por invalidez, vejez y muerte, lo cual a partir de la Ley 100 de 1993 se convirtió en universal y categórico, tal como lo dispuso el artículo 22, que suerte que por la sola existencia del contrato de trabajo surgía la necesidad de afiliarse y aportar al organismo encargado en ese momento de administrar los recursos de trabajadores y empleadores que permitan ir ampliando la base de financiación de las prestaciones que se iban reconociendo y las que causarían en el futuro como una exigencia es cierta y previamente definida por el legislador; más adelante, refiere la Corte que, pues cabe indicar precisamente porque a la fecha de terminación del contrato, el trabajador no había consolidado la situación jurídica pensional exigida para ese momento por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, ya que no tenía la edad mínima exigida por la norma, siendo un requisito para la causación del derecho, es que no podía renunciar a una posibilidad cierta y verdadera de que los aportes adeudados por ese período conformaran la pensión, con mayor razón que no se trataba de cualquier lapso, sino uno que prácticamente lo ponía a un paso para esa consolidación y en todo caso, habiendo constancia de la existencia del vínculo laboral, era deber del empleador la afiliación al Instituto de los Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a efectos de que la pensión a futuro fuera asumida por el sistema de seguridad social; qué quiere decir esto, lo que dice la Corte en este caso es que, en este caso en particular de pacto único de pensión, que es similar al que en este caso nos ocupa, pues no se estaban cumpliendo las normas para que ese pacto único cobijara los aportes a los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en el entendido de que se trataba de una norma o más bien de unos derechos establecidos legalmente, de carácter irrenunciable y adicionalmente de carácter futuro, puesto que la persona no tenía una edad necesaria para acceder a la pensión de vejez, y que, por tanto, no podían ser incluidos dentro de un pacto único de pensión y no se puede declarar la cosa juzgada al respecto. En relación, repito, con el estudio que ya se efectuó sobre esta conciliación, nosotros no discutimos o esta parte no discute en ningún caso su validez, ni tampoco discute que se haya, digamos, que haya cosa juzgada en relación con la pensión de jubilación o con relación con los derechos laborales, de naturaleza laboral, pero lo cierto es que este pacto único de pensión no podía cobijar, de acuerdo a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en esta sentencia, el pago de los aportes a la seguridad social en relación con la pensión de vejez que podría obtener en este caso el señor demandante a cargo de la empresa demandada; en esos términos, y teniendo en cuenta adicionalmente, lo ya ha fundamentado en la demanda en relación con las obligaciones que tenían en cualquier caso las empresas del sector de hidrocarburos o de petróleo, en el pago de los aportes a la seguridad social o digamos, guardar una reserva actuarial con el propósito de cobijar esos riesgos de

vejez, invalidez y muerte, solicitó al honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial, revoque la sentencia, y en su lugar, profiera sentencia condenatoria conforme a todas y cada una de las pretensiones de la demanda”.

- 11.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 10 de agosto de 2021; luego, con auto del 4 de octubre del mismo año dicha Corporación ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual fueron allegados; y con proveído del 17 de agosto de 2022 se dispuso el envío del expediente a este Tribunal en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022.

El apoderado del **demandante** manifestó que debe revocarse la decisión de la a quo por cuanto no se configuraron los presupuestos para declarar cosa juzgada en este asunto, pues, de un lado, *“en cada uno de los procesos las partes no son las mismas, pues mientras que en el primero se demandó a CHEVRON, en el segundo se demanda a CHEVRON y PORVENIR”.* *“En segundo lugar, el primer proceso se origina como consecuencia de la negativa de CHEVRON a reconocer la pensión de jubilación, mientras que en el segundo, se solicita que se elabore un cálculo actuarial a fin de que se efectúe el pago de aportes al sistema general de pensiones, aspecto que no quedó conciliado en el Acta 116 de 19 de enero de 1995”.* *“Finalmente se debe señalar que las pretensiones u objeto de cada una de las demandas es diferente, pues mientras que en la primera se pretendía el reconocimiento de la pensión de jubilación, en el segundo se pretende el pago de aportes al sistema general de pensiones previa elaboración de un cálculo actuarial”.* De otro lado, insiste que la demandada Crevron tenía el deber de afiliar a su trabajador al sistema de seguridad social en pensión; indica que el pacto único de pensión concilió *“una expectativa pensional a cargo de la empresa, más no la omisión de afiliación al sistema general de pensiones”*, como quiera que *“en el pacto único de pension (sic) lo que se concilió (y es así pues se trataba de una expectativa y no de un derecho adquirido), fue la futura pension (sic) de jubilación consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo”*; agrega que el actor para la fecha de la conciliación no contaba con los requisitos para acceder a la pensión; y por esas razones considera que *“es procedente que se ordene a CHEVRON el pago del bono pensional a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliado el Señor NARVAEZ MAYA, de conformidad con las pretensiones de la demanda”.* De otra parte, señala que el *“pacto único de pensión tiene un vicio de fondo que anula su validez”*, por cuanto *“el pacto único de pensión fue celebrado el 19 de enero de 1995, pero el cálculo actuarial sólo fue aprobado por el ISS hasta el 1 de febrero de 1995, como se puede observar en comunicación dirigida por el ISS al MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, el cual también tiene fecha de recibido en TEXAS*

PETROLEUM COMPANY sólo hasta el 23 de febrero de 1995”, y para que dicho pacto sea eficaz debe existir aprobación previa del cálculo actuarial, por lo que se generó “un vicio del consentimiento por error”, por cuanto el demandante no pudo conocer dicho cálculo para la fecha de suscripción del pacto único de pensión, además “ni en el pacto único de pensión, ni tampoco en el oficio aprobatorio del cálculo se señala si ese valor será suficiente para cubrir de manera vitalicia la expectativa de vida del Señor NARVAEZ MAYA y su cónyuge, pues simplemente se enuncia un valor de reserva global y una mesada que de hecho no correspondía tampoco al 75% del último salario, si es que se quería conceder la pensión del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo”; agrega que si bien dicho tema no fue solicitado en la demanda, el mismo puede ser estudiado por el Tribunal con base en las facultades ultra y extra petita; Finalmente, señala que si este Tribunal acoge la tesis del juzgado, plasmada en sentencia SL1551 de 2021, “se empezaría a derrumbar la figura de la pensión compartida”, se desconocería lo establecido en el artículo 60 del Decreto 3041 de 1966, pues aceptar que “las empresas no tienen que pagar aportes al sistema general de pensiones, porque sería una doble carga, entonces se estaría desconociendo que el ISS subroga los riesgos de pensión de las empresas que reconocen sus propias pensiones, precisamente para aliviar su carga pensional y no para imponerle una más gravosa”, aunado a que desconocer el deber de afiliación “se entendería que cualquier empresa se excusaría de efectuar el pago de aportes por omisión de afiliación y terminaría conciliando con el trabajador una suma determinada de dinero y así se evitaría pagar al sistema el pago de la reserva pensional calculada con base en el Decreto 1887 de 1994.”

Por su parte, la **AFP Porvenir** solicita se confirme la sentencia de primera instancia, por cuanto la absolvió de todas las pretensiones de la demanda.

La demandada **Chevron Petroleum Company** insiste que se confirme la sentencia, pues a su juicio se configura la excepción de cosa juzgada como bien se consideró en las sentencias que se emitieron en los procesos anteriores que tramitó el demandante; refiere que el pacto único de pensión que se suscribió entre las partes estuvo respaldado por un cálculo actuarial que fue revisado y aceptado por la Unidad de Planeación y Actuaría del Instituto de Seguros Sociales, y que dicha suma fue aceptada por la parte demandante por ser “más beneficiosa económicamente”, “en vez, de una pensión que se causaría en el futuro, siendo dicha prestación, absolutamente incierta y discutible, en consecuencia”, y porque dicho valor “cubre y compensa, cualquier obligación de carácter pensional, incluido el pago de los aportes pensionales que pide con esta demanda.”

12. Finalmente, obra renuncia allegada por el apoderado del demandante, la cual cumple los presupuestos establecidos en el artículo 76 del CGP, y, de otra parte, se recibió nuevo poder conferido por el actor doctor Juan Fernando Granados Toro, quien acreditó debidamente su calidad de abogado.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 se estudiarán exclusivamente los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de sustentar su recurso ante la juez de primera instancia, sin que pueda la Sala salirse de ese estricto marco delimitado por la parte interesada, pues de hacerlo quebrantaría el principio de consonancia. En este orden, no podrán atenderse los cuestionamientos o asuntos introducidos en los alegatos de instancia por la parte demandante, relacionados con la ineficacia de la conciliación suscrita entre las partes por vicios en el consentimiento, pues corresponde a un tema que no fue formulado en la oportunidad que correspondía, esto es, en el acto de sustentación del recurso, máxime cuando dicho asunto tampoco fue solicitado en la demanda y por ende, no fue discutido en juicio, por tanto, tampoco se cumplen los presupuestos del artículo 50 del CPTSS, por lo que esta sería una razón adicional que impide a esta Sala pronunciarse al respecto, pues al juzgador le es prohibido acometer el estudio de pretensiones no pedidas en la demanda por carecer de facultades para corregirla, enmendarla o aclararla, y además, porque el juez de segunda instancia carece de competencia para decidir sobre hechos que no fueron objeto de pretensión en la demanda, por no tener facultades ultra y extra petita (sentencias SL8716-2014, SL4476-2018 y SL2741-2021, entre otras).

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: *i)* analizar si en el presente caso se configuró la excepción de cosa juzgada como lo concluyó la juez de primera instancia; y de revocarse esa decisión, *ii)* estudiar si resulta procedente condenar a la demandada al pago del cálculo actuarial reclamado en la demanda, por los períodos que el demandante prestó sus servicios para la entidad.

Sea preciso advertir que las partes no discuten que entre ellas existieron dos vínculos, el primero del 2 de julio de 1973 al 30 de junio de 1976, en el que el demandante ejerció como aprendiz SENA, y el segundo del 12 de julio de 1976 al

15 de enero de 1995 mediante contrato de trabajo a término indefinido; que su último salario ascendió a la suma de \$1.955.800; y que el 19 de enero de 1995 las partes celebraron audiencia de conciliación ante la Inspección Diecisiete del Trabajo del Ministerio del Trabajo y de la Protección Social, y suscribieron el acta correspondiente, en la que se concilió un pacto único de pensión, por el cual la demandada Chevron pagó al demandante la suma de \$89.973.260.

La a quo al proferir su decisión consideró que en el presente caso se configura la excepción de cosa juzgada, pues de conformidad con lo expuesto en las providencias emitidas por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, así como en la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente al proceso que se tramitó ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, *"se concluye que fue analizada el acta de conciliación del 19 enero de 1995, suscrita ante la Inspección 17 del Ministerio del Trabajo, mediante la cual se hizo un pacto único de pensión entre el demandante señor Luis Alfonso Narváez Maya y la empresa Texas Petroleum Company", y "si bien el desarrollo jurisprudencial dado por la Sala Laboral, en especial con la sentencia SL1935 del 24/06/2020 (...), el demandante eventualmente, y de haber sido demostrado, le hubiese correspondido el pago de aportes a pensión, no puede desconocerse la institución de la cosa juzgada, la cual aporta seguridad jurídica a fin de no controvertir situaciones jurídicas de forma indeterminada en el tiempo, más aún, su situación jurídica fue definida y analizada en el caso particular del demandante, tanto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 20/10/2008, en donde se valoró la precitada Acta de Conciliación del 19/01/1995 (...), y además, igualmente fue analizada en un proceso posterior en el cual se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión, la cual fue declara probada excepción de cosa juzgada tanto por el Juzgado Tercero como por el Tribunal Superior de Bogotá"; de otro lado, señaló que, en gracia de discusión, de conformidad con lo señalado en sentencia SL1551 de 2021, "no se puede analizar las pretensiones del pago de aportes a la seguridad social como ente autónomo que no tenga relación con el acta de conciliación del 19/01/1995 suscrita por las partes, pues en el mismo documento se hizo un pacto único de pensión, el cual se reitera, en su momento fue estudiado por la Sala de Casación Laboral, así como por el Tribunal Superior de Bogotá en distintos procesos", agregando que "las partes podían en un pacto único de pensión, conciliar las diferencias y en este caso incluía las cotizaciones al sistema de seguridad social".*

Ahora bien, frente al primer problema jurídico, debe decirse que la institución de la cosa juzgada tiene su sustento legal en el artículo 303 del CGP, en cuyo inciso primero señala lo siguiente:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.”

De suerte que su configuración requiere que en ambos procesos judiciales concurren los tres elementos, a saber: identidad jurídica de partes, identidad de objeto (o pretensiones) e identidad de causa petendi, vale decir, que el hecho jurídico o material que sirve de fundamento al derecho reclamado sea el mismo.

En el presente caso, no es objeto de discusión que el demandante ha instaurado los siguientes procesos:

Proceso radicado 1996-7.867, contra Texas Petroleum Company hoy Chevron Petroleum Company, en el que solicitó la declaratoria de un contrato de trabajo vigente del 12 de julio de 1976 al 15 de enero de 1995, y en consecuencia se condenara a la demandada al pago de la reliquidación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, teniendo en cuenta la totalidad de las sumas pagadas durante el año 1992, al pago de la indemnización moratoria o en su defecto la indexación, así como los reajustes de los salarios de los años 1993 a 1995, y el reajuste de las vacaciones causadas desde enero de 1993; subsidiariamente solicitó el reajuste de cesantías, intereses sobre las cesantías y primas de servicios con base en el último salario promedio real devengado, de los años 1993 a 1995, y la sanción moratoria; narró como hechos que por la naturaleza administrativa de sus funciones fue tratado como de “*nómina mensual*”, que en 1974 le fue otorgada como contraprestación a sus servicios un salario que incluía primas o bonificaciones por vacaciones y de antigüedad/estabilidad, las cuales tenían carácter salarial, sin embargo, a partir del año 1991 la demandada excluyó del factor salarial tales bonificaciones y por tanto, no fueron tenidas en cuenta en la liquidación de sus cesantías del año 1992, que en diciembre de ese año se acogió al salario integral, y en enero de 1993 suscribió un otro sí con un porcentaje de factor prestacional “*inferior al real de la empresa para cada anualidad*”; el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia del 18 de junio de 2004, ordenó la reliquidación pretendida (pág. 306-329), sin embargo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocó dicha decisión; y con sentencia del 20 de octubre de 2008, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dispuso no casar la sentencia emitida por el Tribunal (pág. 330-350).

Proceso radicado 2007-1179 contra Chevron Petroleum Company, en el que pretendió se condenara a la demandada al pago de la pensión legal de jubilación de que trata el artículo 260 del CST, en forma vitalicia, tomando como IBC el salario devengado durante el último año de servicios, debidamente indexado, por haber laborado en la empresa 21 años, 5 meses y 4 días continuos, haberse retirado de la empresa voluntariamente y cumplir 55 años de edad, junto con los reajustes de las mesadas causadas, incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre, indexación e intereses moratorios; en los hechos indica que trabajó para la demandada del 2 de julio de 1973 a 15 de enero de 1995, que su último salario integral real devengado fue la suma de \$3.082.300, nació el 17 de octubre de 1952 y no fue afiliado a la seguridad social en pensión (pág. 246-269); en auto del 21 de julio de 2008 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C. declaró probada la excepción previa de cosa juzgada (pág. 280-283); decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia del 28 de noviembre de 2008 (pág. 284-290).

En el presente proceso, como se mencionó en los antecedentes de esta decisión, el demandante demandó a Chevron Petroleum Company y a la AFP Porvenir, para que se declare la existencia de dos contratos de trabajo con Chevron Petroleum Company, uno, del 2 de julio de 1973 al 30 de junio de 1976, y otro, del 12 de julio de 1976 al 15 de enero de 1995; y que dicha empresa tiene la obligación de reconocer y pagar los aportes pensionales; en ese sentido solicita se condene a la citada empleadora a solicitar a la AFP Porvenir la elaboración del cálculo actuarial por el tiempo laborado y a efectuar el pago de los valores que resulten de esa liquidación; y se condene a la AFP Porvenir a elaborar dicho cálculo actuarial.

Así las cosas, una vez cotejados los tres procesos que ha instaurado el demandante, se advierte que no concurren las mismas partes, pues en los dos primeros se demandó únicamente a la empresa Chevron Petroleum Company (antes Texas Petroleum Company), y en el último además de dicha empresa también se demandó a la AFP Porvenir; además, tampoco tienen identidad de objeto, ya que es evidente que no se reclaman iguales pretensiones, pues se reitera, el primero buscaba la reliquidación de acreencias laborales y sanciones moratorias de carácter laboral, con el segundo pretendió el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación, y mediante este proceso se busca el pago del cálculo actuarial por los aportes a pensión adeudados por la empresa empleadora durante la relación laboral existente entre las partes; y, en cuanto a la causa

petendi, se observa que los hechos invocados como fundamento de las pretensiones, tampoco son los mismos, y según se observa, los hechos jurídicos que sirven de fundamento al derecho reclamado (por qué se reclama), están expuestos en cada demanda de acuerdo a la pretensión invocada, que se reitera, no es la misma en los tres procesos.

Así las cosas, independientemente de que las sentencias emitidas en los procesos anteriores hubiesen analizado el acta de conciliación suscrita entre las partes el 19 de enero de 1995, al no ser objeto de análisis y decisión el tema aquí planteado, no es posible concluir que se configuran los presupuestos del fenómeno de la cosa juzgada, siendo ello razón suficiente para revocar la decisión de primera instancia.

En consecuencia, procede la Sala a analizar si en el presente caso es dable condenar a la demandada Chevron Petroleum Company al pago del cálculo actuarial reclamado en la demanda, por los períodos que el demandante prestó sus servicios para esa empresa entidad.

Al respecto, debe decirse en primer lugar, que si bien para la fecha en la que se desarrolló el vínculo laboral del demandante, no existía cobertura por parte del Instituto de Seguros Sociales sobre las empresas del sector del petróleo, como el caso de la demandada Chevron Petroleum Company, pues tal cobertura solo vino a darse a partir del 1º de octubre de 1993, mediante la Resolución 4250 de 1993, lo cierto es que la jurisprudencia laboral ha sido pacífica en señalar que los empleadores que no están obligados a realizar la inscripción a la seguridad social en pensión, de todas formas conservaban obligaciones pensionales a su cargo, *"fruto de la imposibilidad de subrogación del riesgo, que se podían traducir en el reconocimiento de la pensión de jubilación o, en últimas, en el pago de los aportes correspondientes al tiempo servido y no afiliado, por medio de cálculos actuariales, en los términos definidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993"* (SL1551 de 2021), obligación que no solo emana de las disposiciones de la Ley 100 de 1993 (artículo 33), sino que encuentra su sustento en el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 (Sentencias CSJ SL5790-2014, SL3892-2016, SL4072-2017, SL835-2018, SL1122-2019, SL2879-2020 y SL3716-2021, entre otras).

No obstante lo anterior, esta Sala no puede pasar por alto que entre las partes se suscribió un *"Pacto Único de Pensión"*, contenido en el acta de conciliación No. 116 del 19 de enero de 1995, adelantada ante el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Inspección 17 de Trabajo, el cual fue objeto de estudio dentro del proceso

2007-1179, que cursó en el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, y que hizo tránsito a cosa juzgada, en el que pactaron lo siguiente:

“(…)De otra parte, el exfuncionario no tiene derecho para hacerse acreedor a una pensión de jubilación a cargo de la Empresa, en el momento ya que no se cumplen las condiciones exigidas por la Ley. Por esta razón el derecho pensional es incierto y discutible.

Sin embargo, el exfuncionario y su cónyuge manifestaron a la Empresa que consideraban más beneficioso para ellos que se les diera una suma actual y presente de esa pensión que se causaría en el futuro, pues desde todo punto de vista les convenía, para lo cual sugirieron a la Empresa se hiciera el pacto único de pensión previsto en las disposiciones legales.

Teniendo en cuenta la petición del exfuncionario y su cónyuge y además el hecho de ser una concesión futura, lo que implica que pudiera causarse o no, todo lo cual convierte esta concesión en un derecho incierto, se acordó en consecuencia solicitar el cálculo actuarial respectivo a una firma especializada en la materia, para que ella señalara o fijara la suma única en que se convertiría la pensión de jubilación a cargo de la Empresa, sobre la base de haber acordado las partes un valor pensional de \$318.120.00 mensuales, sobre la cual se efectuaría el cálculo actuarial.

Se contrató la firma ASESORÍAS ACTUARIALES LTDA, la que rindió el estudio actuarial, mediante el cual, tomando en consideración la vida probable del exfuncionario, arroja una reserva matemática total, de acuerdo al mencionado cálculo por un valor de \$89.973.260.00. (…)

De otro lado, obra comunicación emitida por el Instituto de Seguros Sociales, dirigido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, de fecha 1º de febrero de 1995, en la que indica “nos permitimos comunicarles que la Unidad de Planeación y Actuaría del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ha revisado y encontrado conforme el cálculo actuarial elaborado por ASESORÍAS ACTUARIALES LTDA., para determinar la reserva a cargo de la empresa TEXAS PETROLEUM COMPANY”, “BASES TÉCNICAS:” “Tabla de mortalidad aprobada por la Superbancaria”, “Tasa interés técnico del: 25.11% anual con proyección de sueldos y pensiones de: 31.11% (…)

Por tanto, en consideración de lo anterior y conforme lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL1342 de 2019 y SL1551 de 2021 (Sala Permanente), esta Sala no dispondrá el pago del cálculo actuarial aquí pretendido. Al respecto, en la última sentencia referida por la Corte señaló lo siguiente:

“No obstante, para la Corte no es posible acceder a la casación de la sentencia recurrida, pues del análisis detenido del acta de conciliación suscrita entre las partes (folios 24 a 29), se puede ver claramente que el objeto de la misma no fue el pago de aportes al sistema de pensiones, como lo dedujo erróneamente el Tribunal, sino la pensión de jubilación, constituida hasta ese momento en una mera expectativa que, por lo mismo, resultaba válidamente susceptible de conciliación a través del denominado pacto único de pensión.

En efecto, la Corte debe llamar la atención en que, como se dijo anteriormente, el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales no hubiera extendido su cobertura sobre las empresas del sector

del petróleo, como se verificó en este caso, implicaba que las mismas conservaran obligaciones pensionales precisas, **que bien se podían traducir en el pago de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, con cargo exclusivo a sus recursos o, en últimas, en la convalidación de los tiempos servidos y no aportados ante la respectiva entidad de seguridad social, por medio de cálculo actuarial, en la forma prevista en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3892-2016 y CSJ SL1342-2019).**

Es decir que la conservación de la carga pensional y el aprovisionamiento de los recursos no siempre generaban el pago del cálculo actuarial a la entidad administradora de pensiones, sino que, de cumplirse las condiciones legales necesarias, la empresa bien podía asumir el pago de la pensión legal de jubilación, con cargo exclusivo a sus recursos.

Esa y no otra situación es la que puede verificarse en este asunto, pues en la diligencia de conciliación las partes partieron por reconocer clara y expresamente que el actor tendría derecho a una pensión de jubilación en cuantía igual a \$214.702.00, a cargo de la empresa, que, por tener hasta ese momento la condición de expectativa, solucionarían a través de un «pacto único de pensión de jubilación», soportado en un estudio actuarial. Nunca se mencionó, en el marco del acuerdo, que la empresa adeudara aportes al sistema de pensiones, traducibles en algún cálculo actuarial, como sucedió en el caso analizado en la sentencia CSJ SL1982-2019, sino que, se repite, la empresa reconoció que al actor le correspondería una pensión de jubilación patronal por sus servicios, que podía ser materia de un pacto único de pensión.

Igualmente, a folios 86 a 92 obra el estudio actuarial realizado por la empresa Actuarios Asociados Wyatt S.A., en el que se da cuenta de una reserva actuarial de \$34.057.576.00 a favor del actor, que fue la tenida en cuenta en el marco de la conciliación, en los siguientes términos:

(...)

En ese sentido, se reitera, la conciliación no recayó sobre el pago de aportes al sistema de pensiones, como lo dedujo el Tribunal, sino sobre la expectativa de pensión de jubilación, con fundamento en un estudio actuarial técnicamente elaborado, que tuvo en cuenta una pensión de jubilación legal y una renta post-mortem para los posibles beneficiarios, entre otras.

Ahora bien, esta Sala de la Corte ha prohiado la validez de conciliaciones sobre pensiones de jubilación a cargo del empleador en curso de adquisición, es decir, respecto de las cuales el trabajador no ha cumplido la integridad de los requisitos de tiempo y edad, a través del pacto único de pensión, por representar simples expectativas y no derechos adquiridos.

(...)

A partir de todo lo anterior, la Corte puede concluir que: i) la conciliación suscrita entre las partes no recayó sobre los aportes destinados al sistema de pensiones, sino sobre una pensión de jubilación en curso de adquisición, constituida como simple expectativa; ii) el empleador, en dicha medida, asumió la carga pensional que le correspondía por los servicios prestados por el trabajador, ante la falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales sobre las empresas del sector del petróleo; iii) y, por tratarse de una expectativa pensional, las partes podían conciliarla, mediante un pacto único de pensión, debidamente respaldado en un estudio actuarial.

Resta decir que, al haber asumido el empleador su carga pensional con el reconocimiento de la pensión de jubilación, así hubiera sido conciliada, ya no era factible el pago de aportes al sistema de pensiones, por medio de cálculo actuarial, como lo pretende la censura, pues ello implicaría adjudicarle inadecuadamente al empleador una doble obligación, por el mismo tiempo de servicio prestado.” (Resaltado no es del original).

Criterio anterior que esta Sala acoge en su totalidad, por ser aplicable al caso concreto, máxime cuando en este asunto, se reitera, no se discute la validez del acta de conciliación, e incluso, así se señala de manera expresa en el recurso de apelación.

Ahora, es cierto que la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1935-2020, a pesar de existir un pacto único de pensión suscrito entre las partes allí intervinientes, en virtud del cual el demandante recibió una suma con la que se cubrirían las contingencias de su vejez, consideró que resultaba procedente condenar a la demandada al pago del cálculo actuarial por los aportes pensionales no realizados durante el tiempo de la relación laboral y que no existió afiliación; sin embargo, esta Sala acoge el criterio inicialmente aludido, no solo por ser emitido por la Sala Permanente de dicha Corporación, sino por corresponder a una decisión relevante frente al tema, que resulta equitativa y se acomoda por completo a los supuestos fácticos y jurídicos del presente caso; y además, porque reitera lo ya dicho por dicha Corte en sentencia SL1342 de 2019.

En consecuencia, como en este caso la demandada Chevron asumió el pago de la pensión de jubilación del demandante, con cargo exclusivo a sus propios recursos, y que para tal efecto se tuvo en cuenta el cálculo actuarial realizado por una empresa especializada en el tema, revisado y aprobado por la Unidad de Planeación y Actuaría del Instituto de Seguros Sociales, circunstancia que no es objeto de discusión en este proceso por hacer tránsito a cosa juzgada como antes se mencionó; convalidándose así los tiempos servidos y no aportados ante la entidad de seguridad social; concluye la Sala que no hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial aquí pretendido, pues como bien lo dijo la Corte, ello implicaría adjudicarle al empleador una doble obligación, por el mismo tiempo de servicio prestado.

Ahora, si bien se dice en el recurso que la aprobación del cálculo actuarial por parte del ISS fue posterior a la audiencia de conciliación, y por ende, dicha acta es ineficaz, debe reiterarse que tal aspecto no fue discutido en este juicio por no haber sido planteado en la demanda como tampoco en el recurso de apelación, y en gracia de discusión, considera la Sala que contrario a lo advertido por el apoderado, tal aprobación se dio con anterioridad y es por esa razón que en la conciliación se hizo referencia a la reserva actuarial aprobada por el ISS, y posteriormente, el 1º de febrero de 1995, lo que hizo esta administradora fue comunicar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección General de Impuestos Nacionales, la aprobación impartida al respecto *“Para efectos del Decreto 2247 de 1974 y de acuerdo a las disposiciones legales vigentes y principalmente por lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 331 de 1976”*, respecto a la no causación del impuesto sobre la

renta, como quiera que "El capital de \$89.973.260, está exento de impuesto de renta y ganancia ocasional por la cuantía de la pensión".

Conforme con lo antes expuesto, se revocará la decisión de primera instancia en tanto declaró probada la excepción de cosa juzgada, en su lugar, se declara no probada, y ante la improsperidad de las pretensiones, se absolverá a la demandada de las súplicas de la demanda.

Sin costas en esta instancia por cuanto el recurso prosperó parcialmente.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 1º de junio de 2021, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de LUIS ALFONSO NARVÁEZ MAYA contra CHEVRON PETROLEUM COMPANY y AFP PORVENIR, en tanto declaró probada la excepción de cosa juzgada, en su lugar, se declara no probada dicha excepción, y ante la improsperidad de las pretensiones, se absuelve a la empresa CHEVRON PETROLEUM COMPANY de las súplicas de la demanda, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

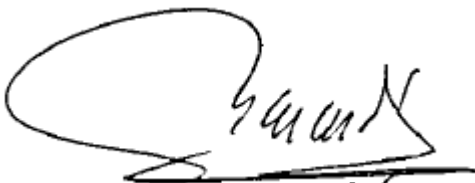
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: RECONOCER personería al actor doctor Juan Fernando Granados Toro, como abogado del demandante Luis Alfonso Narváez Maya, conforme las facultades otorgadas en el poder allegado.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital "al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes", conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-031-2019-00344-01**
Demandante: **LEYLA YEANETTE MOJICA MOJICA**
Demandados: **BANCO POPULAR S.A.**

En Bogotá D.C. a los **25 DIAS DEL MES DE ABRIL DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

LEYLA JEANNETTE MOJICA MOJICA demandó al **BANCO POPULAR S.A.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare que fue trabajadora oficial para todos los efectos legales, a partir de su vinculación laboral con la entidad bancaria accionada; en consecuencia, se le condene de manera principal a reliquidar y reajustar la cesantía definitiva como consecuencia de la indebida liquidación del salario base, primas y prestaciones legales extralegales del tiempo laborado, conforme la norma convencional, legal y considerando los factores salariales legales y reales; siendo el salario para liquidar las cesantías \$4.207.659.88, o sea de \$140.255.33 diario, o la suma mayor que se establezca

procesalmente; así mismo liquidar y pagar intereses legales, primas convencionales semestrales de junio y diciembre; primas extralegales de mayo y noviembre, las vacaciones, primas de vacaciones convencionales y legales; primas de servicios legales y extralegales, indemnización moratoria convencional con un salario de \$127.980.27, la indexación.

Subsidiariamente pretende la reliquidación, reajuste y pago de primas de servicios legales semestrales de junio y diciembre, las convencionales considerando el salario real y legal, integrado conforme lo previsto en el artículo 127 del CST; las primas extralegales semestrales de mayo y noviembre; las vacaciones legales; las primas de vacaciones convencionales; primas de vacaciones legales; primas convencionales semestrales de junio y diciembre insolutas; intereses moratorios; lo ultra y extra petita, y las costas incluidas las agencias en derecho.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que la actora ingresó a laborar a la demandada el 17 de julio de 1985, en su condición de trabajadora oficial, dado que la entidad era una sociedad de economía mixta adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; la relación tuvo vigencia hasta el 12 de agosto de 2013, que laboró más de 28 años, un total de 10.255 días; en la liquidación definitiva de cesantías se le reconoció únicamente un tiempo total de servicios de 10.104 días, tomado como sueldo básico mensual \$2.378.957 es decir \$79.298.57 diarios.

Sostiene que, se le liquidó la cesantía final o definitiva con un salario base promedio del último año de servicios de \$3.488.927,21 esto es \$116.297.57 diario; cuando el promedio mensual real devengado en el último año fue de \$4.207.659.88 o sea \$140.255.33 diarios por lo menos; la cesantía bruta liquidada por la accionada fue de \$97.922.556.59 y \$40.541.780 por cesantía neta, en la liquidación final de cesantía; el banco demandado liquidó y pagó a la demandante, en la liquidación definitiva de cesantías \$3.00.091.72 de intereses de cesantías; los intereses legales de cesantías al 12%, debidamente liquidado sobre el monto

de las cesantía neta reconocida son por lo menos \$4.865.013.60 o la suma mayor que se establezca judicialmente; que en la liquidación final de cesantías y prestaciones sociales el banco dedujo \$57.380.776.59 a título de pagos parciales.

Dice que en la liquidación final, reconoció por vacaciones finales \$1.273.384.00, liquidada únicamente con un sueldo básico de \$2.378.957 es decir un diario de \$79.298,57, esto es sin considerar el salario variable promedio real devengado en el último año de servicio; omitió reconocer y pagar las vacaciones legales causadas en el transcurso de la relación, con el salario variable promedio real devengado en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se reconocieron, conforme lo dispone el numeral 2° del artículo 192 del CST.

También asevera, que la demandada reconoció y pagó nominalmente a la actora hasta la finalización del contrato, el permanente auxilio de transporte pactado en los artículos 10 y 11 de la convención colectiva de trabajo suscrita el 1° de diciembre de 2011; así como la prima de estadía, reconociendo en el último año de servicios por ésta la cuantía de \$88.909.60; por prima de servicios liquidó y pagó en ese mismo lapso, 2/2, en diciembre de 2012 \$2.368.584,40, \$2.459.944.83 en junio 1/3, y \$567.890,57 en la liquidación final por 2/3; igualmente la prima de servicios convencional 2/3, en un total de \$5.396.419.80.

Manifiesta que las primas legales de servicios que le fueron reconocidas a la actora, en ejecución del contrato de trabajo, se liquidaron con base en el sueldo básico mensual, omitiendo los factores salariales variables reales devengados en el respectivo semestre. Que la demandada reconoció y pagó en el último año por concepto de prima de servicios legal, los valores que indica, la cual fue liquidada únicamente sobre el sueldo básico mensual y no como lo dispone la ley.

Precisa, que el banco accionado tiene vigente convenciones colectivas de trabajo celebradas con las organizaciones sindicales "Sintrapopular y "Uneb"; durante el transcurso de la relación laboral de la actora, fue afiliada al último sindicato mencionado, se le descontaba por nómina la cuota sindical y era

beneficiaria de los convenios celebrados; que el banco reconoció parcialmente los beneficios convencionales estipulados como primas de servicios, extralegal anual, extralegal semestral, de vacaciones convencional, de estadía; ya que fueron liquidadas indebidamente por la demandada sobre el sueldo básico mensual únicamente.

Finalmente indica, que las partes mantuvieron el mismo contrato de trabajo suscrito el 14 de enero de 1976 hasta la terminación del mismo, sin alteración, ni modificación de la condición de trabajador oficial de la actora; que el banco ni sus trabajadores estuvieron vinculados al Fondo Nacional del Ahorro, por lo que las cesantías y prestaciones sociales del ente bancario fueron y son liquidados y pagados directamente por éste, la actor agotó la reclamación administrativa; sostiene que mediante las circulares que alude se reglamentó el procedimiento patronal para el pago de la prima semestral de servicios y extralegales; así mismo, se encuentra regulada la forma de liquidación y pago de prima de vacaciones convencional, y que “...Mediante reglamentaciones internas del Banco demandado se ordenó que el salario ordinario es igual al sueldo básico, violando lo dispuesto en el artículo 127 del C.S. del T...” (fls. 3 a 15, 431 a 457 PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (fl. 459 PDF 01), autoridad que, con proveído de 30 de mayo de 2019, la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (fls. 460 PDF 01 y PPDF 06).

El demandado **BANCO POPULAR S.A.**, dentro del término legal y por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, señalando “...el contrato de trabajo de la demandante finalizó el día 12 de agosto de 2.013, oportunidad en la cual fue aceptada la renuncia que presentó, ante el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES. Así mismo, la condición de trabajadora oficial de la demandante, puesto que el Banco varió su naturaleza jurídica desde el mes de noviembre de 1.996, conforme lo certifica la Superintendencia Financiera de Colombia, luego la accionante no tiene ese carácter y, finalmente, que se declare como salario base de liquidación la suma de \$4.207.659.88, debido a que la demandante nunca devengó esa cantidad de dinero como salario al momento de la terminación del contrato...”, frente a la solicitud de reliquidación, sostuvo: “...La prima de

vacaciones tiene la misma naturaleza jurídica de las vacaciones, se cancela únicamente en el momento en que el trabajador entra a disfrutar del descanso vacacional, es decir como beneficio accesorio a las vacaciones correspondientes y, por lo tanto, no constituye uno de los factores de salario para determinar la base de liquidación de la prima de servicios. No obstante, la prima de vacaciones es factor salarial que se tiene en cuenta para liquidar el auxilio de cesantías de conformidad con el artículo 19° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1.981. El salario para liquidar el auxilio de cesantía, obedece al promedio de los devengos establecidos en la convención colectiva de trabajo y correspondiente al último año de servicios, es decir, desde el 12 de agosto de 2.012 al 12 de agosto de 2.013 y de esa forma procedió el Banco como puede apreciarse en la liquidación final.

Igualmente, menciona que “...las primas, como factor de salario, se tienen en cuenta solo en la proporción establecida en la convención colectiva de trabajo y no en la forma como lo pretende la parte actora. De modo que no existe fundamento para proceder a reliquidar el auxilio de cesantía, los intereses, las vacaciones y las primas legales y extralegales, toda vez que el Banco canceló en el transcurso de la relación laboral y al momento de la finalización el contrato todos los emolumentos salariales y prestacionales adeudados y, particularmente, liquidó esos beneficios conforme a derecho...”; **dijo que el banco para liquidar** “...el auxilio de cesantía, incluye como factor de salario las primas extralegales y así lo dispone expresamente el artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el día 28 de diciembre de 1.981, en la que se incluyó la prima de vacaciones como factor de salario para liquidar el auxilio de cesantía. Con fundamento en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo de fecha 1 de febrero de 1.980 suscrita entre el Banco y el sindicato de trabajadores, se pactó finalizar el procedimiento para liquidar el auxilio de cesantías con arreglo al régimen vigente para ese entonces, es decir el anualizado (Decreto 3118 de 1.968) y a partir del 1° de enero de 1.980 aplicar un procedimiento similar al establecido para el sector privado, esto es, el retroactivo y que estaba consagrado en el artículo 249 C.S.T. En ese orden de ideas, el tiempo laborado para efectos de liquidar el auxilio de cesantía definitivo contabilizar conforme lo dispone el artículo 15 de la Convención colectiva de Trabajo, es decir desde el 17 de julio 1.985 y hasta la terminación del contrato, en consecuencia, el número de días para liquidar es el que resulta de ese periodo, es decir, 10.104 días...”

Reitera que, el Banco liquidó conforme a la ley y a la convención colectiva de trabajo todas las prestaciones sociales y no adeuda ninguna suma por esos conceptos; que no existe ningún saldo a favor de la accionante por concepto de salario o prestación social –legal o extralegal-, por lo que no hay lugar a imponer la indemnización moratoria o la indexación; que no existe fundamento para proceder a atender las pretensiones subsidiarias, en vista que el Banco Popular no dejó de pagar ninguna prestación social legal o extralegal y en razón a que no omitió ningún factor de salario al momento de liquidar ese beneficios sociales

Respecto a los hechos, acepto unos, negó otros, precisando que no es acertada la afirmación relacionada con la naturaleza jurídica del banco, que “...el número de días para liquidar el auxilio de cesantía, por la vigencia del contrato de trabajo de la actora fue de 10.104, cantidad que resulta de 28 años (360 días por año) y 25 días. Sin embargo para liquidación del auxilio de cesantía, es necesario destacar que la retroactividad del auxilio de cesantía inició, en el Banco Popular, inició el día 1º de enero de 1.980 con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo del 1º de febrero de 1.981, artículo 15, de modo que para esos efectos el Banco tomó 10.104 (desde el 17 de julio de 1.985 al 12 de agosto de 2.013), factor al que le aplicó el salario promedio de \$3.488.927.20 y le arrojó un total de 97.922.556.75, previa deducción de adelantos parciales por \$57.380.776.59, para un total a pagar al momento de la liquidación final de prestaciones sociales de \$40.541.780.00...”, también sostiene que el salario base de liquidación de la cesantía fue la suma de \$3.488.927.20, reiterando que el banco canceló las acreencias de la actora conforme lo dispone el acuerdo colectivo respectivo y la ley.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Falta de causa, Pago, Buena fe, Inexistencia de la obligación reclamada, Compensación, Cosa juzgada, Cobro de lo no debido, la “...genérica que por no requerir formulación expresa deberá ser declarada de oficio por el juzgado...”, y Prescripción (fls. 3 a, 20 PDF 12 y 2 a 8 PDF 15).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 30 de junio de 2021, resolvió:

“...PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre LEYLA JEANNETTE MOJICA MOJICA, en calidad de trabajador, y el BANCO POPULAR S.A., en calidad de empleador, contrato de trabajo regido por las normas del sector privado, como quiera que la demandante detentaba la calidad de trabajadora del sector privado, por el periodo comprendido entre el 17 de julio de 1985 al 12 de agosto de 2013.

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandante LEYLA JEANNETTE MOJICA MOJICA al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: ABSOLVER al BANCO POPULAR S.A. de la totalidad de las pretensiones condenatorias incoadas por la demandante LEYLA JEANNETTE MOJICA MOJICA

CUARTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada, como quiera que el resultado fue adverso a las pretensiones de la demandante ...”.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(…) Respetuosamente manifiesto que interpongo recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a fin de que se revoque la sentencia proferida en esta audiencia y en su lugar se atiendan las súplicas de la demanda, fundamentado en los siguientes elementos:

Sea lo primer señalar que evidentemente como lo voy a poner aquí de presente (exhibe el celular), en la página web del juzgado la audiencia estaba programada para las 12:30 tal y como se lee específicamente en la página. o en el correo que nosotros recibimos, que dice que el inicio del día miércoles 30 de junio iniciaría a las 12:30 en el proceso laboral número 031 2019 0344, esto y que participarían los señores Gabriel León Ruíz, Leyla Mojica, Luz Amparo Sarmiento, Ricardo Escudero, pero no aparezco allí como participante, pero de todas maneras a las 12:30 me vincularon a mí a esa audiencia, tal como aparece este documento digital (exhibe el celular con la página web mencionada.).

De otro lado, esta parte defensora de los intereses de la trabajadora, pues no tuvimos la oportunidad de participar en la totalidad de la audiencia. de conformidad a lo expresado por la señora juez; de manera pues que no conocemos los autos que se dictaron en esta audiencia y no se me dio traslado de dichas decisiones.

De otro lado, con mi acostumbrado respeto solicito se revoque la sentencia proferida sustentado en los siguientes elementos, que resumidamente presento a consideración del juzgado y del Tribunal Superior, por cuanto el sentir de la parte demandante y tal como está comprobado con los elementos probatorios obrantes en el plenario, o sea el certificados de pago se tiene que evidentemente los factores base de liquidación, factor primas del Banco Popular tuvo en cuenta para liquidar la cesantía definitiva de la demandante LEYLA YEANNETEH MOJICA MOJICA, en el punto de prima de servicios diciembre, el banco la liquidó en \$151.326.23, cuando en realidad de verdad corresponde a la suma de \$244.706.24, la prima servicios junio, 2/3 partes, liquidada por el Banco en la suma de \$204.995 se encuentra debidamente liquidada, por lo cual no es objeto de reclamo por parte de la demandante; en tanto que la prima extra legal anual liquidada por el Banco en \$36.539.32 en realidad de verdad corresponde a la suma de \$156.445,93, tal como se deduce de los certificados de pagos nominales presentados en el proceso; la prima extra diciembre semestral, que dice haberse pagado en diciembre, en realidad de verdad fue pagada en los últimos cinco días del mes de noviembre de cada año, como lo estipula las normas convencionales que están militando en el proceso; esta prima extra de diciembre semestral la liquidó el banco por \$73.078.63 cuando en verdad corresponde a la suma de \$118.448.71; la prima extra de junio semestral, liquidada por \$99.123.21, se encuentra debidamente liquidada por el Banco, en tanto que la prima de vacaciones liquidada por \$323.802.48 se encuentra indebidamente liquidada, ya que su valor en realidad de verdad corresponde a la suma de \$635.181.01, por las razones que se expuso en el alegato presentado tanto en memorial presentado a la luz del artículo 109 del CGP, como de las pruebas arrimadas al plenario se encuentra efectivamente que el salario, perdón, que en el punto de las primas de vacaciones se encuentra indebidamente liquidada en una suma muy inferior, lo que en definitiva arroja indebidamente liquidado de conformidad al artículo 19 de la convención colectiva del 28 de diciembre de 1981, que establece un primer factor integrado por el sueldo básico que fue de \$2.378.957, más el auxilio de transporte que fue de \$80.888, más la prima de estadía que fue, era de \$8,638.02, arroja el primer factor de \$2.468.483.02.

Las primas correspondientes al tercer factor fueron indebidamente liquidadas, como se encuentra establecido documental y probatoriamente en el plenario, en total arrojan la suma de \$1.661.669.11, lo cual suma al primer factor arroja en total la suma de \$4'129.152.13, que el despacho no liquido ni tuvo en cuenta, no obstante, la militancia de pruebas contundentes, claras y precisas en el plenario que demuestran que evidentemente esos factores base de liquidación del salario base tenido en cuenta por la demandada, se encuentran indebidamente liquidados.

Igual sucede con (sic), el juzgado no hizo ningún pronunciamiento específico en cuanto a las vacaciones legales indebidamente liquidadas, se tiene que tuvo en cuenta las versiones de los testigos y agentes patronales, pero no tuvo en cuenta la ley por cuanto está establecido que tal como lo declararon los mismos representantes del banco, el banco únicamente liquidó sobre el

suelo básico las vacaciones legales anuales de la demandante en todo el transcurso de la relación laboral, prescindiendo del salario variable establecido en el artículo 192 del CST, y el artículo 127 de la misma obra.

De tal manera pues que existe evidente y contundentes pruebas que demuestran que la demandante percibió un salario muy superior a \$3.488.927.21 que fue el que tuvo en cuenta el BANCO POPULAR, y como espero que el Tribunal en forma acuciosa haga la liquidación ya que este despacho no hizo la liquidación matemáticamente hablando, de conformidad a lo establecido en la ley, ya que se nota evidentemente que no se practicó lo que dicen los artículos 60 y 61 en cuanto al análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario no fue efectuado por este despacho, por lo cual comedidamente solicito al despacho atienda las súplicas o el recurso de casación (sic) presentado, siendo parte integrante de este recurso el alegato de la sustitución patronal o empresarial, contemplado en los artículos 67 a 69 del CST, que el juzgado no valoró en su debida dimensión como tampoco valoró en su concepto la demandante fue para unas cosas trabajadores oficial, pero para otras ya no es trabajadora oficial; es un fallo contradictorio, por cuanto evidentemente dice que la demandante no lo era a la terminación del contrato de trabajo pero que no podía recibir dos remuneraciones del Estado, o era trabajadora oficial o no lo era, pero no podemos incurrir en la galimatías que se han incurrido.

De manera pues que, con mi acostumbrado respeto, solicito comedidamente se atiendan las súplicas de la demanda ante el superior. Muchas Gracias...”.

La juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *Lorenzo Torres Russi* (PDF 02 Cdo. 02 Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 10 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 14 de octubre de 3wq misma anualidad (PDF 12 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término correspondiente para alegar en segunda instancia, las partes presentaron alegaciones, en los siguientes términos:

Parte demandante: El vocero judicial de la actora, solicita se revoque la sentencia absolutoria del juez de primera instancia, y en su lugar se atiendan las súplicas de la demanda, con base en los principios tutelares constitucionales y del derecho laboral, para lo cual señala:

“(…)La a quo erradamente en sus consideraciones para absolver al influyente Banco simplemente se apegó a considerar y transcribir el documento apócrifo, sin fecha ni firma, presentado por la demandada explicando y discriminando una

liquidación diferente a la cuestionada procesalmente, documento sin el lleno de las exigencias mínimas legales (arts. 244, 253 C.G.P.), repitiendo mecánicamente su contenido en cifras, sin analizar las demás pruebas obrantes en el plenario. La sentenciadora de primera instancia omitió pronunciarse sobre la totalidad de las pretensiones de la demanda, sin ninguna explicación ni justificación, como, por ejemplo, sobre el reconocimiento y pago de la Prima Convencional Semestral, omitiendo sus facultades Ultra y Extra Petita en el afán de complacer a la parte fuerte en la relación laboral.

Ya la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en reiterada jurisprudencia ha condenado a la demandada a la reliquidación y reajuste de liquidaciones de cesantías de sus trabajadores, como en el proceso 1100131505 021 2015 01024 01 radicado en la Corte #81.466 de fecha 12 de mayo de 2.021 de José Vicente Arias V. vs. Banco Popular S.A., #64.256. (Corte), de fecha 19 de mayo de 2.019 José Enrique Carvajal R. vs. Banco Popular S.A., así como los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá (1)

La demandada ha sido desde su fundación una Sociedad de Economía Mixta, como se encuentra probado con por (sic) la Superintendencia Financiera de Colombia y el certificado del Revisor Fiscal del Banco Popular S.A., obrantes en el plenario.

--En la entidad demandada se estableció el salario base de liquidación, (SBL), de la cesantía de sus trabajadores, conforme lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención Colectiva suscrita el 28 de diciembre de 1.981 en la siguiente forma:

“PROCEDIMIENTO PARA LIQUIDACIÓN DE CESANTÍA.

A partir de la fecha de vigencia de la presente Convención y con sujeción a las condiciones previstas en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1º de febrero de 1980, el Banco Popular liquidará y pagará el auxilio de cesantía de todos sus trabajadores tomando como los factores siguientes:

1. Un primer factor integrado por el último salario ordinario que esté devengando el trabajador, sumado al valor mensual de los gastos de representación, auxilio legal o convencional de transporte, auxilio convencional de alimentación, primas técnicas y prima de estadía, si las tuviere asignadas al empleado en la fecha de liquidación parcial o definitiva.
2. Un segundo factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva por concepto de horas extras, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, viáticos y honorarios.
3. Un tercer factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva por concepto de primas de servicio (excluida una tercera parte de su valor, que corresponde a la prima legal), primas extralegales y prima de vacaciones La suma de estos tres (3) factores constituye el salario base para liquidación de cesantías”

No obstante, la clara normativa convencional la demandada, al liquidar la cesantía y prestaciones sociales de la demandante, no acogió el procedimiento establecido convencionalmente y sub liquidó indebidamente los factores que tuvo en cuenta para establecer el salario base de liquidación en la suma de \$2.378.957.00siendo que el salario base es de, por lo menos \$3.488.927.21, o la suma mayor que encuentre el operador judicial, cómo se prueba a continuación.

DE LOS FACTORES BASE DE LIQUIDACION DE LA CESANTÍA

Observe el Operador Judicial que en el documento titulado “Liquidación Definitiva de Empleados”, se encuentran indebidamente subliquidados los FACTORES BASE DELIQUIDACIÓN de la cesantía definitiva, como documentalmente se prueba al analizar (arts. 60 y 61 CPL) los elementos que erradamente aplicó la demandada así:

Factor Primas

1.- El factor denominado “**Prima Servicios Diciembre**”, (sic), se encuentra indebidamente liquidado por “151.326.23 cuando en realidad de verdad, asciende a la suma de \$244.706.24 por cuanto, en el último año de servicios a la demandante le fue pagado por este concepto \$2.368.584.40 en diciembre de 2012 y \$567.890.57 en agosto/16/13, lo cual suma \$2.936.474.97 que dividido por 12 arroja \$244.470.24.

Dichos valores se encuentran en el certificado de pagos nominales (fs. 14-21) y en los documentos titulados RECIBO DE PRIMA DE SERVICIOS-DICIEMBRE, obrantes en el plenario.

2.- El factor denominado “**Prima De servicios-Junio**”, se encuentra debidamente liquidado por **“204.995.40”**, por cuanto en el último año de servicios a la demandante le fue pagado por concepto prima de servicios 2/3, \$2.459.944.83, que dividido por 12 arroja \$204.995.40.

Dichos valores se encuentran en el certificado de pagos nominales, (fs. 14-21) y en los documentos titulados RECIBO DE PRIMA DE SERVICIOS-JUNIO, obrantes en el plenario.

3.-En el factor denominado “**Prima Extra Anual**”, establecido en 36.539.32, se encuentra indebidamente liquidado, cuando en realidad de verdad, asciende a la suma de \$156.445.93, **por cuanto, en el último año de servicios a la demandante le fue pagado por este concepto \$1.143.839.50 noviembre de 2012 y \$733.511.74 en Agosto/13, lo cual suma \$1.143.839.50 que dividido por 12 arroja \$156.445.93.**

Dichos valores se encuentran en el certificado de pagos nominales (fs. 14-21) y en los documentos titulados RECIBO DE PRIMA EXTRA DICIEMBRE SEMESTR. Y PRIMA EXTRA ANUAL, obrantes en el plenario.

4.-En el factor “**Prima Extra Diciembre Semestr.**” (sic), se encuentra indebidamente liquidado por \$73.078.63 cuando en realidad de verdad, asciende a la suma de \$118.448.70, **por cuanto, en el último año de servicios a la demandante le fue pagado por este concepto \$1.143.839.50) en noviembre de 2012 y \$277.544.98 en agosto/13, lo cual suma \$1.421.384.48 que dividido por 12 arroja \$118.448.70.**

Dichos valores se encuentran en el certificado de pagos nominales (fs.14-21) y en los documentos titulados “RECIBO DE PRIMA EXTRA DICIEMBRE SEMESTR. Y PRIMA EXTRA ANUAL”, obrantes en el plenario.

-Se observa que a la demandante no se le pagó en el mes de Diciembre de 2.012 ni en los años anteriores ninguna Prima Extralegal Diciembre, pues la demandada pagó en los últimos 5 días de noviembre de 2012, la “prima extralegal semestral” ordenada en el párrafo **segundo** del artículo 11 de la Convención Colectiva del 16 de diciembre de 1.999, omitiendo el pago de la Prima Convencional Semestral ordenada en el párrafo **primero** del mismo artículo que ordena el pago de dicha prima de 15 días de salario ordinario, en los meses de Junio y Diciembre de cada año.

5.-El factor “**Prima Extra Junio Semestral**”, (sic) se encuentra debidamente liquidado por **“99.123.21, por cuanto, en el último año de servicios a la demandante le fue pagado por este concepto \$1.189.478.50 en Mayo de 2013, que dividido por 12 arroja \$99.123.21.**

Dichos valores se encuentran en el certificado de pagos nominales (fs.14-21) y en los documentos titulados “RECIBO DE PRIMA EXTRA JUNIO SEMESTRAL”, obrantes en el plenario.

-En realidad de verdad, a la demandante no se le pagó en el mes de **junio** de 2.013 ni en los años anteriores ninguna Prima Extralegal Semestral en el mes de Junio, pues la demandada sólo pagó en los últimos 5 días de mayo de 2013, la prima ordenada en el párrafo **segundo** del artículo 11 de la Convención Colectiva del 16 de diciembre de 1.999, omitiendo el pago de la Prima Convencional Semestral ordenada en el párrafo **primero** del mismo artículo que ordena el pago de dicha prima de 15 días de salario ordinario, en los meses de **Junio y Diciembre** de cada año.

6.-El factor “Prima Vacaciones”, se encuentra indebidamente liquidado por \$323.802.48, cuando en realidad de verdad, debidamente liquidado, asciende a la suma de \$635.264.34, por cuanto en el último año de servicios a la demandante le fue pagado por concepto de Prima de Vacaciones \$3.736.542.37 en diciembre de 2.012 y \$3.886.629.77, en agosto de 2.013 para un total de \$7.623.172.14 que dividido por 12 arroja \$635.264.34.

Dichos valores se encuentran en el certificado de pagos nominales, (fs. 14-21) y en los documentos titulados “LIQUIDACIÓN DE VACACIONES”, obrantes en el plenario.

Sumados los factores señalados en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 28 de diciembre de 1.981, (sin considerar las adeudadas liquidaciones de las primas convencionales semestrales de junio y diciembre, considerando únicamente las reconocidas indebidamente liquidadas subpagadas, se tiene:

PRIMER FACTOR:			
Ultimo sueldo básico mensual:		\$2.378.957.01	
Auxilio de Transporte		\$ 80.888.00	
Total primer factor:			\$2.459.845.01
SEGUNDO FACTOR			
Viáticos:		\$	8.638.02
TERCER FACTOR			
Prima		Servicios	
Diciembre:	\$ 244.706.24		
Prima De servicios-Junio (pagada en noviembre/13)		\$ 204.995.40	
Prima Extra Anual		\$ 156.445.93	
Prima Extra Diciembre Semestr		\$ 118.448.70	
Prima Extra Junio Semestr:		\$ 99.123.21	
Prima Vacaciones:		\$ 635.264.34	
Subtotal:			\$1.458.983.82
Prima Convencional Semestral Junio/13, insoluta:		\$1.189.478.05	
Prima Convencional Semestral Diciembre/12insoluta:		\$1.143.839.50	
Total Primas Convenc. Semestrales insolutas:		\$2.333.317.55	que dividido por
12 arroja.....			\$ 194.443.13
Total Tercer Factor:		\$1.653.426.95	
SUMA TOTAL DE FACTORES CONVENCIONALES DE SALARIO BASE DE LIQUIDACION (SBL) DE CESANTIA:			
(2.378.957.01)		(\$4.121.909.98)	

En consecuencia, la cesantía definitiva liquidada conforme lo dispuesto en el art. 19 de la Convención Colectiva del 28 de diciembre de 1981, es por lo menos:

- A) Tomando el método tradicional:
$$\frac{4.121.909.97 \times 10.253}{360} = 117.394.285.90$$
- B) Tomando el tiempo laborado, según el Banco
$$\frac{4.121.909.97 \times 10.104}{360} = 115.688.273.15$$
- C) Tomando el tiempo resultante de los extremos de la relación laboral y el método tradicional:
$$\frac{4.121.909.97 \times 10.255}{365} = 115.808.730.80$$

Continúa explicando cómo, en su sentir, se deben liquidar las cesantías, intereses, prima extralegal semestral, vacaciones legales. Luego, precisa que;

“(…) Parte del debate jurídico promovido radica en la diferencia entre la aplicación de SALARIO y SUELDO en las liquidaciones impugnadas.
El salario ordinario o legal se encuentra definido, regulado y contenido en el artículo 127 del C.S.del T., y por antonomasia legal el 128 ibídem. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional en sentencias C-521 del 16 de noviembre de 1995, C-710 del 9 de diciembre de 1.996, han precisado con mayor exactitud el concepto de salario, en su alcance y aplicación legal y constitucional, diferenciándolo del concepto sueldo que es la asignación básica mensual y nominal correspondiente al cargo u oficio, sin

prestaciones legales o extralegales, conforme lo indicado en el artículo 133 del C. S. del T., en tanto el SALARIO ORDINARIO o LEGAL, es aquel contenido en su definición y alcance en el 127 del C. S. del T., en tanto el concepto de SUELDO o SUELDO BASICO ó salario básico, tienen su precisión legal en el artículo 133, precisándose doctrinariamente por las Altas Cortes que éste hace relación al pago del trabajo humano por períodos superiores a días de jornal y a la asignación base nominal correspondiente al cargo o función que desempeñe el trabajador.

La normativa laboral no contempla la existencia de SALARIO EXTRAORDINARIO, por cuanto se contrae a las definiciones de SALARIO ORDINARIO, que es el legal previsto en el artículo 127, SALARIO EN ESPECIE, (art.129), SALARIO INTEGRAL, (art.132), SALARIO MINIMO (art.145).

Adicionalmente precisan los artículos 132 y 141 del C.S.T. que en convenciones colectivas pueden estipularse salarios básicos, para la liquidación de dominicales y prestaciones proporcionales al salario ordinario o legal.

El Banco demandado habilidosamente liquidó indebidamente las prestaciones sociales impugnadas aplicando solamente el concepto de SUELDO, no obstante estar pactado convencionalmente que las primas legales y extralegales deben liquidarse con el salario legal y ordinario, el cual se compone como lo preceptúa el artículo 127 del C.S.T.

-Las indebidas liquidaciones impetradas están fundamentadas en la aplicación matemática y correcta de dichos preceptos legales, por cuanto se encuentra que la demandada subliquidó las primas convencionales extralegales semestrales y de vacaciones sobre SUELDO, cuando la norma convencional obliga a la liquidación de ellas sobre SALARIOS, cuya composición y acepción legal está prevista en la Ley (art. 127 CST.).

La Convención Colectiva de Trabajo suscrita el **18 de octubre de 2.005, en su artículo 12**, consagra cuando la **Prima de Servicios convencional** debe liquidarse con **SALARIO y cuando con SUELDO**, estableciendo que, a los trabajadores vinculados hasta del 31 de diciembre de 1.999, se les debe liquidar esta prestación con **salario**, en tanto a los que ingresaron a partir del 1º de enero de 2000 se les debe liquidar con **SUELDO BÁSICO**.

-Deliberada e indebidamente la demandada liquidó la **Prima Convencional de Vacaciones** de la demandante, en el transcurso de la relación laboral, con el **SUELDO BÁSICO** mensual, cuando la norma convencional ordena que esta prestación debe liquidarse y pagarse con 49 días de **SALARIO**, (art.127), conforme lo establece el artículo 13 de la Convención Colectiva del 18 de Octubre de 2.005.

- **El auxilio de Alimentación**, pactado convencionalmente en el Banco demandado, **es factor de salario**, se integra al contrato de trabajo de la demandante, por ser producto de una convención colectiva de trabajo, conforme lo (arts.467 y 468 C.S.T.). Es una retribución periódica constante en el transcurso de la relación laboral, se paga por la prestación del servicio en jornada continua, fue permanente, habitual y forma parte del patrimonio laboral del trabajador, por lo cual constituye factor y parte del salario, como lo señala la Ley, (art.127 C.S.T.). No existe norma convencional que estipule que no constituye salario, pues se trata de un pago nominal periódico, que surge de las obligaciones convencionales, acordadas, conforme al artículo 467 del C. S. del T., por lo cual rige y hace parte del contrato de trabajo. En su interpretación y aplicación procede el principio de Favorabilidad y de la condición más beneficiosa al trabajador, tal como lo tiene enseñado la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

El auxilio de transporte, por mandato legal y convencional, en la entidad demandada, **es factor de salario, por expreso ordenamiento contenido en el artículo 7 de la ley 1 de 1963 al disponer:**

“Considerase incorporado al salario, para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 y decreto reglamentarios (sic)”

Convencionalmente el auxilio de transporte legal se ha incrementado anualmente, con la salvedad contenida en el parágrafo 1 del artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 11 de diciembre de 2.014 que precisa:

“En el evento de que el monto del auxilio de transporte legal supere el aquí pactado, el Banco Popular pagará a sus empleados que adquieran ese derecho, la diferencia en forma adicional.”

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, han reiterado jurisprudencial el acatamiento y cumplimiento de la citada disposición legal, por cuanto no ha sido derogada ni modificada por norma posterior, de tal manera que se encuentra vigente y aplicable a todos los trabajadores que reciban dicho auxilio.

-En el Banco Popular por mandato convencional contenido en el numeral 1 del artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 28 de diciembre de 1981, es factor salarial, normativa convencional que tiene respaldo en el párrafo segundo del artículo 3º y el artículo 4º del D.1045 de 1.978...”

Finalmente, precisa que, algunas las operaciones descartan centavos y se aproxima al peso si es mayor de 50 céntimos, siendo menor se descarta y que *“...Los resaltos, negrillas, mayúsculas son de mi autoría...”* (PDF 07 Cdno. 02 Segunda Instancia).

Parte accionada: Pretende dicha parte, se confirme la sentencia absolutoria recurrida, considerando que no le asiste ningún derecho a la demandante, para lo cual señala:

“(...) En primer lugar, conviene informar que el contrato de trabajo de la demandante, finalizó el día 12 de agosto de 2.013, oportunidad en la cual fue aceptada la renuncia que presentó la actora ante el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

En relación con la solicitud de reliquidación, es necesario precisar lo siguiente:

La prima de vacaciones tiene la misma naturaleza jurídica de las vacaciones, se cancela únicamente en el momento en que el trabajador entra a disfrutar del descanso vacacional, es decir como beneficio accesorio a las vacaciones correspondientes y, por lo tanto, no constituye uno de los factores de salario para determinar la base de liquidación de la prima de servicios.

No obstante, la prima de vacaciones es factor salarial que se tiene en cuenta para liquidar el auxilio de cesantías de conformidad con el artículo 19º de la Convención Colectiva de Trabajo de 1.981.

El salario para liquidar el auxilio de cesantía, obedece al promedio de los devengos establecidos en la convención colectiva de trabajo y correspondiente al último año de servicios, es decir, desde el 11 de agosto de 2.012 al 12 de agosto de 2.013 y de esa forma procedió el Banco como puede apreciarse en la liquidación final. Cabe destacar que las primas, como factor de salario, se tienen en cuenta solo en la proporción establecida en la convención colectiva de trabajo y no en la forma como lo pretende la parte actora.

De modo que no existe fundamento para proceder a reliquidar el auxilio de cesantía, los intereses, las vacaciones y las primas legales y extralegales, toda vez que el Banco canceló en el transcurso de la relación laboral y al momento de la finalización del contrato todos los emolumentos salariales y prestacionales adeudados y, particularmente, liquidó esos beneficios conforme a derecho.

El Banco para liquidar el auxilio de cesantía, incluye como factor de salario las primas extralegales y así lo dispone expresamente el artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el día 28 de diciembre de 1.981, en la que se incluyó la prima de vacaciones como factor de salario para liquidar el auxilio de cesantía.

Con fundamento en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo de fecha 1 de febrero de 1980 suscrita entre el Banco y el sindicato de trabajadores, se pactó finalizar el procedimiento para liquidar el auxilio de cesantías con arreglo al régimen vigente para ese entonces, es decir el anualizado (Decreto 3118 de 1968) y a partir del 1º de enero de 1980 aplicar un procedimiento similar al establecido para el sector privado, esto es, el retroactivo y que estaba consagrado en el artículo 249 C.S.T.

El Banco liquidó conforme a la ley y a la convención colectiva de trabajo todas las prestaciones sociales y no adeuda ninguna suma por esos conceptos, razón por la cual no tiene asidero o fundamente fáctico las pretensiones principales o subsidiarias y, por ende, han de fracasar.

En consecuencia, como no existe ningún saldo a favor de la señora LEYLA JEANNETE MOJICA MOJICA por concepto de salario o prestación social –legal o extralegal-, no se generan los presupuestos para imponer la indemnización moratoria o la indexación...” (PDF 06 Cdno. 02 Segunda Instancia).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se advierte que no fue motivo de discusión o inconformidad alguna, la existencia de la relación laboral que ató a la demandante con el banco accionado, entre el 17 de julio de 1985 y el 12 de agosto de 2013, devengando como último sueldo básico mensual la suma de \$2.378.957,00; desempeñando los cargos de *Mensajera* inicialmente y el de *Jefe División* de la Oficina de Florencia, finalmente; que la demandada ha celebrado y tiene vigente Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas periódicamente, entre otros con el sindicato UNEB, al que se afilió la trabajadora durante la vigencia de su nexo laboral y se beneficiaba de las prerrogativas allí contempladas; igualmente que,

la accionante no se acogió al régimen de liquidación de cesantías anualizado previsto en la ley 50 de 1990 y, agotó la reclamación administrativa; como se colige de la contestación de la demanda (fls. 3 a 20 PDF 12), y se corrobora con los medios de prueba practicados en el presente asunto -interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, de la accionante, testimonios, y documentos-, entre estos últimos, el contrato individual de trabajo ((fls. 90 a 92 PDF 12), la carta de renuncia de 19 de abril de 2013 y su aceptación por parte de la sociedad demandada, según carta de 2 de mayo de 2013 (fls. 21 y 81 PDF 12), la certificación de acumulados de la accionante (fls. 23 a 36 PDF 01, 26 a 35 PDF 12), la liquidación definitiva de empleados de 12 de agosto de 2013 (fls. 17, 18 PDF 01, 63 y 64 PDF 12), comunicación de 21 de abril de 2016 referenciada “...AGOTAMIENTO RECLAMACION...”, recibida por la accionada el 15 de junio de 2016 (fls. 21, 22 PDF 01 y, 70, 71 PDF 12), Resolución No. GNR 001667 de 14 de enero de 2013, mediante la cual COLPENSIONES, reconoce a la accionante *pensión de vejez*, a partir del 1° de enero de 2013, en cuantía inicial de \$2.510.962 (fls. 71 a 75 PDF 12), la comunicación de 17 de julio de 1985, a través de la cual la accionada ingresa a la trabajadora al cargo de MENSAJERA a partir de la aludida fecha (fl. 77 PDF 12), la carta de 18 de enero de 2013 con la que se le informa que el sueldo para dicha anualidad asciende a la suma de \$2.378.957,00 (fl. 87 PDF 12), entre otros que militan en el expediente.

Por consiguiente, atendiendo lo señalado en el recurso de apelación, la controversia en esta instancia, resulta de determinar si: (i) la demandante era trabajadora oficial como lo recalca el recurrente; (ii) hay lugar a la reliquidación de las vacaciones como lo pretende el recurrente, y; (iii) se encuentran deficitariamente liquidados los factores “primas”, tales como: primas de servicios de diciembre, extralegal anual, extralegal de diciembre, y de vacaciones que conformar la base de liquidación de las cesantías, como lo alega la parte actora, o si por el contrario, dichos emolumentos fueron liquidados conforme a derecho como lo concluyó la juzgadora de primer grado.

Sobre el primer aspecto, se solicita en la demanda se declare la condición de trabajadora oficial de la accionante. En el certificado expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, se indica la naturaleza jurídica del banco demandado como “...**Sociedad Comercial Anónima, sometida al control y vigilancia de parte de la Superintendencia Financiera de Colombia...**”; constituido por Escritura Pública No. 5858 de 3 de noviembre de 1950 de la Notaría 4ª de Bogotá D.C., como “...*Sociedad Anónima de Economía Mixta, Banco Prendario del orden Municipal, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2143 del 30 de junio de 1950, mediante acta de organización del 4 de septiembre del mismo año...*”; mediante Decreto No. 2186 de 20 de diciembre de 1960, con base en lo dispuesto en los Decreto 1050 y 3130 de 1968, adquirió el carácter de sociedad de economía mixta del orden Nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; con Escritura Pública No. 5901 de 4 de diciembre de 1996 de la Notaría 11 de Cali (Valle), “...*modificó su naturaleza jurídica de Sociedad de Economía Mixta de Orden Nacional sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público (artículo 240 del E.O.S.F.), por la de **Sociedad Comercial Anónima**, y a la vez su razón social por “BANCO POPULAR S.A.”...*” (fls. 37 a 40 PDF 02). Ahora, el Revisor Fiscal del ente accionado, el 30 de enero de 2002 certificó “...1. Que la Nación vendió las acciones que representaban el 80% del Capital Social del Banco, mediante Martillo simultáneo realizado en las tres Bolsas de Valores el día 21 de Noviembre de 1996, operación que fue debidamente registrada en el Libro de Registro y Gravamen de Accionistas del Banco el día 29 de Noviembre de 1996.- 2. Que la actual composición accionaria del Banco a 31 de Diciembre de 2001, es la siguiente: **CLASE DE ACCIONISTA: PARTICULARES** con un % **PARTICIPACION** 83.10, **REPUBLICA DE COLOMBIA**: 13.28; departamentos municipios y otras entidades oficiales: 3.62, *parta un total de 100.00...*” (fl.25 PDF 12).

Entonces, como quiera que cuando inició la accionante la prestación de sus servicios al banco demandado, éste tenía la connotación de Sociedad de Economía Mixta del orden Nacional, donde sus servidores eran catalogados como trabajadores oficiales y se les aplicaba la reglamentación que regía a esta clase de trabajadores; condición que ostentó la accionante hasta el momento en que el banco modificó o cambió su naturaleza jurídica a la de una sociedad comercial anónima, -21 de noviembre de 1996-, fecha a partir de la cual se modifica el régimen aplicable a sus trabajadores; coligiéndose que desde esa calenda, se le aplicaba

a los trabajadores de la entidad bancaria, las normas de los trabajadores privados; por tanto, no es factible considerar como lo hace el recurrente, que para la época de la terminación del contrato la demandante debía considerarse como trabajadora oficial; pues al reducirse la participación del capital público y primar en la composición accionaria el capital de los particulares, necesariamente mutaba el régimen aplicable, esto es el del sector público al de los trabajadores particulares o privados, condición que tenía la accionante para el momento del fenecimiento de su vínculo laboral.

Precisado lo anterior, también repara el apoderado de la parte actora que la juez de primer grado no hizo ningún pronunciamiento *“...en cuanto a las vacaciones legales indebidamente liquidadas, se tiene que tuvo en cuenta las versiones de los testigos y agentes patronales, pero no tuvo en cuenta la ley por cuanto está establecido que tal como lo declararon los mismos representantes del banco, el banco únicamente liquidó sobre el sueldo básico las vacaciones legales anuales de la demandante en todo el transcurso de la relación laboral, prescindiendo del salario variable establecido en el artículo 192 del CST y el artículo 127 de la misma obra...”*; indicando en el hecho 92 *“...La demandada al liquidar las Vacaciones legales de la demandante, liquidó esta prestación legal únicamente sobre el sueldo básico, omitiendo como factor salarial la prima de estadía y el auxilio de transporte que devengó en el último año de servicios...”* (fl. 9 PDF 02).

Al proceso, se allegaron las liquidaciones de vacaciones practicadas por la accionada, entre otros períodos, del lapso comprendidos entre el 2010-07-19 al 2011-07-18, donde se reconoce por 18 días de *Vacaciones Legales*, la suma de \$1.287.469.20, con una base de \$1.526.07, un sueldo mensual de \$2.1387.018,00, una prima estadía de \$258,80 por 8 días y \$2.423,17 por auxilio de transporte (fl. 9 PDF 39) del lapso laborado entre el 2011-07-19 al 2012-07-18, se reconoce por *Vacaciones Legales*, la suma de \$1.913.321.67, con una base de \$76.532.87, un sueldo mensual de \$2.287.679.00 (fl. 13 PDF 39), así como en la LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE EMPLEADOS, se le reconoce por *Vacaciones Finales*, la suma de \$1.273.384.00. por 16 días, con una base de \$79.586.50 y un salario de \$2.378.957 (fl. 22 y 23 PDF 39), entendiéndose que se trata de las vacaciones correspondientes al último año de servicios, esto es del 2012-07-19 al 12-08-2013.

Lo anterior, permite inferir que el promedio salarial tomado por la accionada para liquidar las vacaciones, es superior al básico mensual, nótese como, a manera de ejemplo, con el último salario de \$2.378.957, da un diario de \$79.298.56, que es inferior al tomado por la entidad bancaria, dado que tuvo una base de \$79.586.20; coligiéndose que se tuvo en cuenta el salario ordinario percibido en cada anualidad, como lo establece el artículo 192 del CST; sin que sea dable incluir los emolumentos señalados por la parte actora para su liquidación, habida cuenta que conforme lo previsto en el artículo 7° de la Ley 1ª de 1963, se considera incorporado al salario, para todos los efectos de **“...liquidación de prestaciones sociales el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959 y decretos reglamentarios...”**, y al no tener las vacaciones, naturaleza prestacional, no es dable incluir en la base para la liquidación de las mismas el auxilio de transporte, y la prima de estadía, como lo pretende la parte actora. Y es que, así lo coligió la Corte Suprema de Justicia, al analizar un caso de similares connotaciones contra la misma entidad bancaria aquí accionada, cuando en sentencia SL3126-2022, radicación No. 89480 de 30 de agosto de 2022, con ponencia del Magistrado Martín Emilio Beltrán Quintero, sobre este específico punto, consideró:

“(...) Frente a la reliquidación de las vacaciones de origen legal, la recurrente expone que la cuantificación de ese descanso remunerado se hizo de forma errada, en razón a que únicamente se tomó el «sueldo básico», sin incluir los auxilios de alimentación y de transporte, como tampoco el «salario variable».

Al verificar la Corte la información de la liquidación de vacaciones que reposa a folios 94 a 97, que antes eran los folios 87 a 90 a que se refiere la recurrente en el cargo, se observa lo siguiente:

Las vacaciones legales por el periodo comprendido entre el 4 de mayo de 2008 al 3 de mayo de 2009, se tomó un salario mensual de \$1.425.219; por el ciclo del 4 de mayo de 2009 al 3 de mayo de 2010 la suma de \$1.475.102; y por el interregno del 4 de mayo de 2010 al 3 de mayo de 2011 \$1.547.677. Ahora bien, al contrastar esa información con la relación de pagos que milita a folios 119 a 122, se advierte que, en efecto, solo se tomó el salario ordinario o básico para su cuantificación, empero ello no significa que se genere el derecho a la reliquidación pretendida, tal como pasa a explicarse.

El quantum correspondiente al goce o disfrute efectivo de las vacaciones está regulado por el artículo 192 del CST, que en su aparte pertinente dice «Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario en horas extras», de modo que no es dable la inclusión del «salario variable» como tampoco de los auxilios que reclama la censura. Aquí es oportuno memorar que, los términos «salario» y «salario ordinario» empleados por la ley tienen unas connotaciones disimiles, así se explicó en la sentencia fechada 10 nov. 1959,

publicada en la Gaceta Judicial Tomo XCI No.2214-2220, pag. 1059-1066, en la que se dijo:

Ahora bien: cuando el Código habla de "salario" solamente, es claro que deben entenderse comprendidos todos los elementos que lo constituyen conforme al artículo 127, tal como ocurre en los casos indicados por los artículos 64, 249, 230, 278, 292, 306, entre otros; en cambio, cuando se refiere o emplea la expresión "salario ordinario", es lógico que de ese concepto sean excluidos los demás elementos que concurren a constituir la "remuneración fija u ordinaria" a que se refiere la ley, como ocurre en los eventos contemplados por los artículos 173, 174, 192 y 204 del mismo Código.

Por lo expuesto, en este puntual aspecto no le asiste razón a la censura ...".

Bajo ese contexto se considera que no hay lugar a la reliquidación pretendida por la parte actora, como quiera que las vacaciones fueron liquidadas conforme a derecho, por lo tanto, se confirma lo decidido por el a quo.

De otra parte, se reprocha igualmente que, la cesantía definitiva de la accionante no se encuentra debidamente liquidada, dado que "...las primas correspondientes al tercer factor fueron indebidamente liquidadas...", ya que "...la prima de servicios de diciembre, el banco la liquido en \$151.326.23, cuando en realidad de verdad corresponde a la suma de \$244.706.24...", "...la prima extra legal anual liquidada por el Banco en \$36.539.32 en realidad verdad corresponde a la suma de \$156.445.93..." ; "...la prima extra de diciembre semestral la liquidó el banco por \$73.078.63 cuando en verdad corresponde a la suma de \$118.448.71..." ; "...la prima de vacaciones liquidada por \$323.802.48 se encuentra indebidamente liquidada, ya que su valor en realidad de verdad corresponde a la suma de \$635.181.01, por las razones que se expuso en el alegato presentado tanto en memorial presentado a la luz del art. 109 del CGP, ... las primas de vacaciones (sic) se encuentra indebidamente liquidada en una suma muy inferior..."; circunstancia que en su sentir, conlleva a que, "...de conformidad al artículo 19 de la convención colectiva de 28 de diciembre de 1981...", se encuentra mal liquidada dicha acreencia, ya que la norma convencional "...establece un primer factor integrado por el sueldo básico que fue de \$2.378.957, más el auxilio de transporte que fue de \$80.888, más la prima de estadía que fue, era de \$8.638.02, arroja el primer factor de \$2.4687.483.02...", y que las primas del tercer factor, "...en total arrojan la suma de \$1.661.669.11, lo cual suma al primer factor arroja en total la suma de \$4.129.152,13, que el despacho no liquidó ni tuvo en cuenta...".

La norma en la que se apoya la parte apelante, esto es, el artículo 19 de la Convención Colectiva suscrita en el año 1981 (fls. 217 a 244 PDF 02), señala:

“(…) ARTICULO 19 - PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACION DE CESANTIA. A partir de la fecha de vigencia de la presente Convención Colectiva y con sujeción a las condiciones previstas en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1 de febrero de 1980, el Banco Popular liquidará y pagará el auxilio de cesantía de todos sus trabajadores tomando como base los factores siguientes:

- 1. Un primer factor integrado por el último salario ordinario que esté devengando el trabajador, sumado al valor mensual de los gastos de representación, auxilio legal o convencional de transporte, auxilio convencional de alimentación, primas técnicas y primas de estadía, si las tuviere asignadas el empleado en la fecha de liquidación parcial o definitiva.
- 2. Un segundo factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva, por concepto de horas extras, dominicales y festivos, recargo por trabajo nocturno, viáticos y honorarios.
- 3. Un tercer factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva, por concepto de primas de servicio (excluida una tercera parte de su valor, que corresponde a la prima legal), primas extralegales y prima de vacaciones.

La suma de estos tres (3) factores constituye el salario base para liquidación de cesantías...”.

Así las cosas, del documento denominado CERTIFICACION DE ACUMULADOS, en donde se registra lo percibido por la demandante durante la vigencia de su contrato (fls. 26 a 35 PDF 12); se observa, para el último año de servicios de aquella, vale decir el comprendido entre septiembre de 2012 y agosto de 2013 (fl. 35 íbem), se registran por los emolumentos que conforme la norma transcrita, integran la base para la liquidación de las cesantías, los valores que a continuación se relacionan y que se confrontan con los tomados por el banco accionado que se relacionan en la liquidación definitiva de prestaciones en “...FACTORES BASE DE LIQUIDACIÓN...” (fls. 63 y 64 íbidem):

○ **Factor 1:**

CONCEPTO	VALOR RECONOCIDO POR EL BANCO	VALOR LIQUIDADO TRIBUNAL
SALARIO	\$ 2.378.957,00	\$ 2.378.957,00
AUXILIO DE TRANSPORTE	\$ 80.888,00	\$ 80.888,00
AUXILIO DE ALIMENTACIÓN	\$ 0,00	\$ 0,00
PRIMA DE ESTADÍA	\$ 8.638.02	\$ 8.638.02
TOTAL PRIMER FACTOR	\$ 2.468.483.02	\$ 2.468.483.02

○ **Factor 2:**

CONCEPTO	VALOR RECONOCIDO POR EL BANCO	VALOR LIQUIDADO TRIBUNAL
HORAS EXTRAS, DOMINICALES, FESTIVOS, RECARGOS TRABAJO NOCTURNO, VIÁTICOS, HONORARIOS	\$ 0,00	\$ 0,00
TOTAL SEGUNDO FACTOR	\$ 0,00	\$ 0,00

Factor 3:

CONCEPTO	VALOR RECONOCIDO POR EL BANCO	VALOR LIQUIDADO TRIBUNAL
PRIMA DE SERVICIOS CONVENCIONAL (1/12)	\$ 356.321,63	\$ 403.645,83
PRIMA EXTRALEGAL JUNIO (1/12)	\$ 99.123,21	\$ 195.330,59
PRIMA EXTRALEGAL ANUAL (1/12)	\$ 36.639,32	\$ 97.665,30
PRIMA VACACIONES (1/12)	\$ 323.802,48	\$ 323.802,48
TOTAL TERCER FACTOR	\$ 815,886,64	\$ 1.020.444,20
TOTAL (sumatoria factores 1, 2, y 3)	\$3.284.369,66	\$3.488.927.22

Se debe precisar lo siguiente: para obtener el valor correspondiente a las primas de servicios convencional, se tomó del 2do. semestre del año 2012, lo correspondiente al tiempo comprendido entre el 13 de agosto y el 31 de diciembre de 2012, que equivale a 138 días (PRIMA DE SERVICIOS 2/3: \$2.368.584,40 / 180 x 138 = \$1.815.914,40); más lo percibido en el primer semestre del año 2013 (\$2.459.945,00) y la fracción del segundo semestre de sea anualidad (\$567.890,57), obteniendo la suma total por dicho concepto, de \$4.843.749,97, y una doceava parte de \$403.645.83, e igual procedimiento se hace respecto a las primas extralegales; frente a la prima de vacaciones, como quiera en la liquidación se reconocen 49 días (fls. 63 y 64 ibídem), que corresponde al último año conforme lo previsto en el literal d) del artículo 26 de la Convención Colectiva celebrada el 6 de marzo de 1990, (fls. 138 a 158 PDF 12); se determina la doceava parte sobre el monto allí indicado (\$3.885.629,77 / 12 = \$323.802,48). Dicha norma, prevé:

“(…) A partir de la fecha de vigencia de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la Prima de Vacaciones que actualmente reconoce el Banco Popular a sus trabajadores, se pagará, según su antigüedad, así:

- a) Para trabajadores con uno (1) y menos de (5) años de servicios, TREINTA Y UN DIAS (31) días (sic) de salario ordinario.*
- b) Para trabajadores con cinco (56) o más y menos de (10) años de servicios, TREINTA Y NUEVE (39) días de salario ordinario.*

c) Para trabajadores con diez (10) o más y menos de (15) años de servicios, CUARENTA Y SEIS (46) días de salario ordinario.

d) Para trabajadores con quince (15) o más años de servicios CUARENTA Y NUEVE (49) días de salario ordinario.

PARAGRAFO: Es entendido que esta prima o auxilio se pagará únicamente en el momento en que el trabajador entre a disfrutar de sus vacaciones. Cuando el contrato de trabajo termine por retiro voluntario del trabajador o por despido sin justa causa, sin que hubiere disfrutado de vacaciones, el Banco reconocerá la prima de vacaciones, por año completo de servicios o proporcionalmente por fracción de año, siempre que ésta exceda de seis (6) meses...”

En ese orden de ideas, se advierte que la diferencia señalada por el recurrente en cuanto al tercer factor, obedece a que éste para calcular la doceava de cada prestación toma la totalidad de los montos recibidos en ese lapso de tiempo, esto es a diciembre de 2012 y lo suma con lo percibido en el año 2013, cuando algunos de los pagos recibidos en esa anualidad, comprenden derechos causados en periodos anteriores al 13 de agosto de 2012; por lo que no resulta viable, ya que se debe determinar “...el promedio mensual **de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación...**”; pues como bien lo alude la norma, los factores para liquidar el auxilio de cesantía, se conforman con lo “...devengado...”, en el último año de servicios y no con lo percibido o recibido; por lo que se reitera, no es procedente tomar la totalidad de lo que por dicho concepto le fue cancelado en el año 2012; pues lo correcto es tomar de esa anualidad solo lo devengado en el periodo que se tiene en cuenta para liquidar la acreencia, esto es de agosto a diciembre de 2012, como se explicó líneas anteriores.

Al respecto, la máxima Corporación de cierre de la justicia ordinaria, en sentencia SL de 12 de marzo de 2002, con radicación 17387, traída a colación en la sentencia mencionada en precedencia SL3126-2022, indicó respecto a dicho tema:

“(...) Así se explicó en sentencia CSJ SL, 12 mar. 2002, rad. 17387, que corresponde a un proceso seguido contra la misma empleadora demandada y en la cual se estudió el contenido de la cláusula 19 de la CCT 1981, providencia en la que se indicó:

Por su parte el recurrente hace girar los ocho primeros errores manifiestos de hecho que denuncia, en torno de la supuesta deficiencia de apreciación del sentenciador de segundo grado respecto de la citada cláusula 19 convencional, que lo llevó a considerar como salario base para liquidar el auxilio de cesantía y la pensión de jubilación del demandante, la totalidad de

"lo percibido" durante el último año de servicios como prima de vacaciones, y no simplemente el valor de "lo devengado" en ese mismo período.

El numeral 3 de la cláusula en cuestión, dice: "3. Un tercer factor integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año inmediatamente anterior a la fecha de liquidación parcial o definitiva, por concepto de primas de servicio (excluida una tercera parte de su valor, que corresponde a la prima legal), primas extralegales y prima de vacaciones. La suma de estos tres (3) factores constituye el salario base para liquidación de cesantías."

Nótese que la norma dice expresamente "...integrado por el promedio mensual de lo devengado en el año o fracción de año..." y no de lo percibido o recibido

*Como significado de dichos vocablos el Diccionario de la Lengua Española, a la letra, dice: "**percibir** (del lat. Percipĕre.) tr. Recibir una cosa y entregarse de ella. PERCIBIR el dinero, la renta. 2. Recibir por uno de los sentidos las especies o impresiones del objeto. 3. Comprender o conocer una cosa." "**devengar**. (De de y el lat. vindicāre, atribuirse, apropiarse.) tr. Adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título. DEVENGAR salarios, costas, intereses."*

De lo anterior aparece claro que la discrepancia de la censura con el fallo que ataca surge de la lectura del texto de la cláusula y encuentra la Sala que la adoptada por el Tribunal resulta contraria al contenido literal y conceptual de la misma, lo que evidencia tanto la deficiencia de apreciación probatoria como el error fáctico ostensible derivado de ella, de donde surge la prosperidad del ataque.

En ese orden de ideas, lo correcto era tomar por el año 2011, solo lo devengado en el periodo que se tiene en cuenta para liquidar el auxilio de cesantía, esto es, de julio a diciembre de ese año, lo que implica que de los \$773.838 que corresponde a todo el año, se tomen seis meses, lo que se traduce en \$386.919 y a esa cifra se le suma lo devengado en el año 2012 de enero a junio, que lo fue por \$414.003, lo que arroja \$800.922 y su doceava parte es por valor de \$66.743, que fue exactamente la suma que tuvo en cuenta la convocada al proceso como parte del factor 3 para liquidar el auxilio de cesantía. Por consiguiente, no se presentó la equivocación denunciada por la recurrente. Por todo lo dicho, el Tribunal no cometió los yerros fácticos endilgados, por ende, los cargos no prosperan...".

Ahora, si bien en la anterior liquidación, se advierte una diferencia en cuanto a la sumatoria de los factores que integran la base para la liquidación de las cesantías, lo que en principio daría la razón al recurrente; se observa de todas maneras, que el banco accionado, en la LIQUIDACION DEFINITIVA DE EMPLEADOS, (fls. 63 y 64), determinó como base de la liquidación de cesantías la suma de \$3.488,927,21, monto que coincide con el establecido por esta Sala de decisión; por tanto, no se advierte error alguno en la liquidación de las cesantías; tal como lo determinó la juzgadora de primer grado, motivo por el cual se confirmará también la sentencia en este aspecto.

De otra parte, el recurrente alude en su intervención a lo “...contemplado en los artículos 67 a 69 del CST, que el juzgado no valoró en su debida dimensión ...”; normas que consagran lo concerniente a la “sustitución de empleadores”; evidenciándose que no existe pretensión alguna relacionada con este tema, pues desde la demanda y su contestación las partes fueron coincidentes en que la accionante prestó sus servicios única y exclusivamente a la entidad bancaria llamada al proceso, sin que se advierta que en desarrollo del contrato se hubiere presentado cambio de patrono alguno, que lleve a algún pronunciamiento al respecto, entendiéndose en ese orden de ideas, tal manifestación como un *lapsus calami* del interviniente; como quiera que la circunstancia que se analizó líneas atrás, respecto a la modificación de la naturaleza jurídica de la entidad demandada ante la conformación del capital societario, mayoritariamente por capital de particulares, no permite inferir que se presentó dicha figura jurídica “sustitución de empleador”; aunado a que, como ya se dijo, no hay pretensión alguna sustentada en dicha situación.

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Ante lo adverso de la decisión del recurso a la parte apelante, se le condenará en costas (Numeral 1°, art. 365 CGP). Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario promovido por **LEYLA JEANNETTE MOJICA MOJICA** contra **BANCO**

POPULAR S.A., de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante; fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a UN (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEYDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria