



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 017 2019 00685 01. Proceso Ordinario María Esneda Gaona Trujillo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir la siguiente, **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 17° Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un vicio en el consentimiento por falta de información al momento de suscribir el formulario de vinculación el 22 de abril de 1999 y como consecuencia de ello de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en la misma fecha; se condene a la AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional a Colpensiones, y se condene a esta

última entidad a recibir dichos recursos y a reconocer y pagar en su favor pensión de vejez a partir del 30 de enero de 2012, con las mesadas causadas desde dicha fecha hasta el 30 de agosto de 2014, y a partir del 1º de septiembre de 2014 el pago de la diferencia de las mesadas causadas, junto con los intereses moratorios.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 29 de enero de 1957 y estuvo afiliada al sistema de seguridad social en salud a partir del ciclo de 1975.

Indicó que en el mes de abril de 1999 una asesora comercial de Porvenir S.A. le ofreció la posibilidad de vincularse a dicha AFP y realizar el traslado de régimen pensional, para lo cual le indicó que su mesada pensional sería más alta que la que recibiría en el régimen de prima media con prestación definida, que el ISS estaba próximo a desaparecer y que en el régimen de ahorro individual además podría disponer del capital ahorrado y del bono pensional.

Afirmó que la asesora de la AFP Porvenir S.A. no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna acerca de cómo se causa la pensión de vejez en cada uno de los regímenes pensionales, las características de los mismos, ni acerca de las consecuencias jurídicas de su traslado.

Señaló que a finales del año 2013 le fue diagnosticado un tumor maligno de ovario, que en razón a su enfermedad tuvo periodos prolongados de incapacidades, pero que el 15 de febrero de 2015 su EPS emitió concepto favorable de rehabilitación.

Refirió que el 30 de julio de 2014 la AFP Porvenir reconoció en su favor pensión de vejez en cuantía inicial de \$912.338,00, pero que de haber permanecido en el régimen de prima media la misma sería de \$5'614.000,00

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹ adujo que el traslado de régimen de la demandante fue producto de una decisión voluntaria y libre de presiones o engaños, y que en todo caso, de presentarse algún vicio en el consentimiento, el mismo deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento a través de los diferentes actos de ratificación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe inexistencia de la obligación, pago y compensación, y la excepción de inconstitucionalidad.

Por su parte Colpensiones² adujo que el traslado de régimen pensional se realizó con plena voluntad de la demandante y que en razón a ello se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, entre otras.

El servidor judicial de primer grado, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que la condición de pensionada de la demandante tornaba improcedente la declaratoria de ineficacia a pesar de que no se estableció que al momento del traslado se hubiera suministrado información clara, completa y suficiente.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a la demandante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

¹ Cfr fls 117 a 152 expediente digitalizado.

² Cfr fls 201 y ss del expediente digitalizado.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar en primer término, si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, así como del reconocimiento de la pensión de vejez por parte de esta última entidad en los términos previsto en el Acuerdo 049 de 1990, dado su condición de beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; y de no ser así, si en virtud de las facultades oficiosas resulta procedente ordenar el pago de la indemnización de perjuicios.

Al respecto es del caso tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado con la documental aportada al expediente, que la demandante nació el 29 de enero de 1957, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1° de agosto de 1975 en donde permaneció hasta el 30 de abril de 1999, data en que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., la cual reconoció en su favor pensión de vejez a partir de agosto de 2014.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al asunto, por razones de carácter metodológico se abordará en primer término el análisis relativo a la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual a pesar de que a la fecha ostenta la condición de pensionada en dicho régimen pensional.



Con tal propósito corresponde a la Sala remitirse en extenso al criterio sentando por la máxima Corporación de Justicia laboral en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, en la que sobre el particular se expresó:

“Es un hecho acreditado que [...] disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

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

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública. Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede



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

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

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

Del criterio jurisprudencial en cita, que por demás ha sido reiterado por la alta Corporación en las sentencias SL3535 del 4 de agosto de 2021, SL3611 del 11 de agosto de 2021, y SL2929 del 18 de mayo de 2022, y que acoge la Sala de Decisión no solo por la autoridad de la Corporación que emana, sino por que comparte el análisis y conclusiones a las que arribó; dimana con meridiana claridad que el estatus de pensionado constituye una situación consolidada que no es razonable revertir dada la afectación que tal determinación implica, pues además de reversar el acto del traslado, tal determinación apareja la afectación de un gran número de relaciones

jurídicas e intereses económicos que se generan a partir del reconocimiento del derecho pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con el diseño legal que éste tiene, y que a la postre adicionalmente imprimen un efecto desfavorable sobre el sistema público de pensiones.

En el asunto, como se advirtió en forma precedente la demandante ostenta la condición de pensionada desde el año 2014, y para la financiación de dicha prestación, el 2 de febrero de 2017 se redimió por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el bono pensional que existía en su favor, tal como se acredita con los documentos anexos.

Bajo tal perspectiva, ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, pues como se advirtió, es su condición de pensionada la que impide declarar la ineficacia de su afiliación y en razón a ello, el criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral es aplicable en el caso objeto de estudio.

Así mismo, aun en gracia de discusión, tampoco merece a la Sala ningún reparo la negativa por parte del servidor judicial de primer grado en punto al reconocimiento de la indemnización de perjuicios en aplicación de las facultades ultra y extra petita; pues aun cuando su reconocimiento también se funda en el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los fondos privados, lo cierto es que establecer la responsabilidad derivada de tal aspecto cuando no fue planteado en la demandada, así como la determinación del monto de los perjuicios en esta instancia, no solo apareja el desconocimiento de los derechos de contradicción y defensa de dos administradoras de fondos privadas demandadas, sino en incluso de la propia parte actora.

Las razones expuestas considera la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, pues al

margen que al momento del traslado se hubiere incumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones; la condición de pensionada que ostenta la demandante impide declarar la ineficacia de su traslado y retrotraer la integridad de relaciones que se suscitaron al momento de su traslado al RAIS, y al no solicitarse la indemnización de perjuicios, no resulta procedente acceder a su reconocimiento.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05-017 2019 00685 01. Proceso Ordinario María esneda Gaona Trujillo contra Colpensiones y Otros (Consulta).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 018 2018 00667 01. Proceso Ordinario Desiderio de Jesús Castilblanco Romero contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir la siguiente, **SENTENCIA**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 41° Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual y que es válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales y bonos pensionales que recibió a su favor sin efectuar ningún tipo de descuento; y se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación y reconocer pensión de vejez a partir



del mes de junio de 2017, junto con los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 18 de julio de 1955 y estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales en pensiones desde el 20 de mayo de 1981 en donde acumuló un total de 738,14 semanas.

Afirmó que el 24 de agosto de 1995 suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena hoy Porvenir S.A., cuando le faltaban 261,68 semanas de cotización en aplicación de la Ley 100 de 1993.

Indicó que el traslado se produjo cuando a la empresa en donde laboraba llegaron asesores de los fondos privados indicando que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que se podría pensionar a los 50 años de edad, que la pensión era heredable y que se pensionaría con el 110% del salario que recibía; sin darle ninguna clase de asesoría acerca de las diferencias entre los dos regímenes pensionales, la edad mínima y el saldo que debía acumular con el fin de obtener una pensión anticipada.

Agregó que no se le suministró información en relación con las consecuencias legales y económicas de su traslado; no se le suministró información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado de régimen; ni se le hizo un estudio previo, individual y concreto acerca de las ventajas y desventajas de su traslado.

Refirió que en el mes de mayo de 2002 se trasladó a la AFP Protección S.A., ante el ofrecimiento por parte de un asesor de mejores rendimientos; pero que no se le suministró información oportuna, adecuada y suficiente, clara y comprensible y cierta que le permitiera tomar una decisión consciente.



Señaló que acumuló un total de 1.912,71 semanas cotizadas en toda su vida laboral y que luego de más de un año de espera, el 5 de septiembre de 2018 le fue reconocida pensión de vejez en la modalidad de retiro programado por la suma de \$3'021.098,00, a partir del 1° de julio de la misma anualidad; y que de acuerdo con su IBL, en el régimen de prima media su mesada pensional ascendería a la suma de \$6'623.463,84.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. adujo que el acto del traslado del demandante es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, al haberse realizado en forma libre y espontánea por parte del demandante en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y respetando el derecho a la libre elección. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. precisó que el demandante se afilió con la AFP Colpatria S.A. de manera libre, expresa y espontánea y sin presiones, después de habersele otorgado información íntegra, veraz y oportuna; y que el demandante se encuentra inmerso en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

Por su parte Colpensiones sostuvo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, quien por solicitud propia se trasladó mediante la suscripción del formulario correspondiente. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de



inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, entre otros.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. formuló demanda de reconvención a efectos de que se condene a Desiderio de Jesús Castelblanco Romero al reintegro de lo pagado por concepto de mesadas de la pensión de vejez causadas desde el 1° de julio de 2018 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia; la que una vez notificada fue contestada por el demandado en reconvención quien se opuso a la devolución de las sumas reclamadas al considerar que no se encuentra obligado a soportar la carga de la negligencia de las administradoras de pensiones.

El servidor judicial de primer grado, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones; determinación a la que arribó al considerar en esencia que la condición de pensionado del demandante tornaba improcedente la declaratoria de ineficacia y como consecuencia de ello se relevó de analizar las pretensiones de la demanda de reconvención.

Inconforme la anterior determinación el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Solicita el demandante un pronunciamiento en relación con la interpretación de primera instancia, entorno a la imposibilidad de fallar extra y ultra petita en todo lo que beneficia a su mandante y frente a las costas impuestas en su contra, que considera resultan excesivas, dadas las condiciones económicas y familiares de su mandante.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

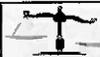
CONSIDERACIONES

De acuerdo con el principio de congruencia previsto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S., en el asunto el análisis de la Sala se circunscribe a determinar, de un lado, si en aplicación de las facultades ultra y extra en todo lo que beneficia al demandante; y de otro, si resulta procedente modificar el monto de las condenas en costas impuestas en su contra; esto de acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente.

Con el propósito de dilucidar el primer aspecto, es del caso señalar que las facultades ultra y extra petita se encuentran consagradas en el artículo 50 del C.P.T. y S.S. y consisten en la posibilidad de que el servidor judicial de primera o única instancia reconozca el pago de derechos distintos de los pedidos, para el caso de las facultades extra petita, siempre que “...*los orígenes hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados*”; o de ordenar el pago de sumas superiores de las pedidas “...*cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador*”, para el caso de las facultades ultra petita. Sobre el particular la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL2008 de 2018 expresó:

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

Y por su parte, la ultra petita –más allá de lo solicitado– exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma



laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

Dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, y el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 y tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia SL5863-2014.”

Para el caso objeto de estudio, es del caso precisar que el servidor judicial de primer grado, consideró que no era procedente la aplicación de la facultad extra petita de cara a la imposición de la condena al pago de perjuicios derivados de la falta de información al momento del traslado; y en tal sentido de un análisis detenido de los supuestos de hecho en que se soportaron las pretensiones, así como los medios de convicción aportados, en realidad ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Lo anterior se afirma en tanto el objeto del presente proceso fue el retorno del demandante al régimen de prima media con prestación definida, producto de la falta de información al momento en que se trasladó al régimen de ahorro individual y si bien entre los supuestos fácticos se hizo alusión a una diferencia entre el monto de la prestación reconocida por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la que le correspondería en el régimen de prima media, no se planteó alguna responsabilidad a cargo de las demandadas como consecuencia de dicha situación y dicho aspecto tampoco se encuentra acreditado dentro del proceso; de manera tal que no se cumplen los presupuestos que al efecto establece el artículo 50 del C.P.T. y S.S. para su aplicación y en razón a ello se confirmará la determinación que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado.



Ahora; en lo que respecta al segundo aspecto motivo de inconformidad por el recurrente, esto es, la imposición excesiva de condena en costas; considera la Sala que no es procedente abordar su estudio en esta oportunidad, pues en los términos del artículo 366 del C.G.P. este concepto “...solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

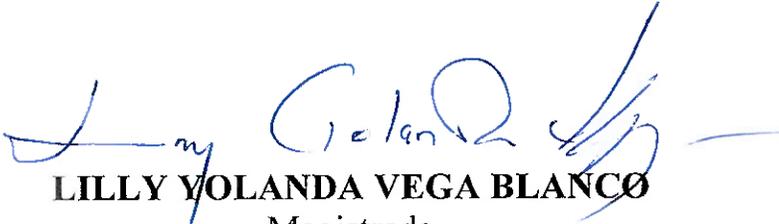
RESUELVE

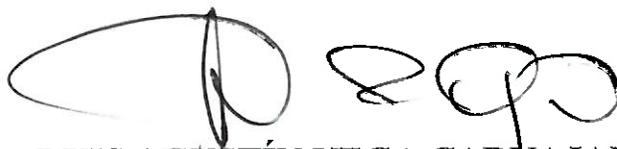
PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO.- COSTAS a cargo de la parte demandante, para su tasación ténganse en cuenta como agencias en derecho la suma de \$100.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05 021 2018 00340 01. Proceso Ordinario de Luis Alberto Cepeda Figue contra Colpensiones (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor y derrotada la ponencia inicialmente presentada por el H. Magistrado LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL, la nueva Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir la siguiente, **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, así como grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El accionante solicitó mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que tiene derecho al reconocimiento y pago en forma retroactiva del incremento pensional del 14% de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de su consorte a partir del 28 de febrero de 2013; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los mismos



en forma indexada sobre 14 mesadas al año y mientras subsistan las causas que les dan origen.

Como sustento de sus pretensiones indicó en esencia que mediante Resolución SUB10079 el 17 de enero de 2018 la demandada reconoció en su favor pensión por vejez a partir del 26 de febrero de 2013, bajo los parámetros del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Afirmó que es esposo de la señora Edilma Acero Godoy con quien ha convivido de forma continua e ininterrumpida desde hace más de 34 años, procreó seis hijos y depende económicamente de él.

Refirió que la demandada el 22 de enero de 2018 generó respuesta negativa a la reclamación del porcentaje adicional por persona a cargo.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones incoadas en su contra, Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de los incrementos y sus intereses, entre otras.

La *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales del 14% a partir del 22 de enero de 2015, luego de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción.

Inconformes con la anterior determinación, el apoderado de la parte demandante y la apoderada de la demandada interpusieron recursos de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS



El apoderado del demandante solicita se modifique o revoque parcialmente la decisión en relación con la prosperidad de la excepción de prescripción; aduce al efecto que la resolución mediante la cual se reconoció el derecho pensional le fue notificada el 20 de enero de 2018 y que por ende era a partir de ese momento que contaba con tres años para reclamar el reconocimiento del derecho, al ser el momento a partir del cual nació el derecho a reclamar el derecho al incremento pensional.

Por su parte la apoderada de Colpensiones solicita se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se absuelva a su representada de todas las pretensiones; señala con tal propósito, de una parte, que de la prueba testimonial recepcionada no se logra obtener certeza acerca de la dependencia económica de la cónyuge del demandante; y por otra, solicita se tenga en cuenta que los incrementos pensionales no hacen parte del derecho pensional y que este derecho no se incluyó dentro de las prestaciones que conservó el régimen de prima media.

De otra parte, solicitó que de considerarse que es procedente el reconocimiento del derecho al incremento pensional, no hay lugar a la indexación debido a que el mismo se reajusta en el mismo monto del salario mínimo mensual legal vigente.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión entre las partes que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto de Seguros



Sociales mediante la Resolución SUB10079 del 17 de enero de 2018, dando cumplimiento a la condena impuesta en su contra en proceso ordinario laboral, reconoció a favor del demandante pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 en condición de beneficiario del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; corresponde a la Sala determinar si resulta o no procedente el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% y en caso afirmativo, establecer el momento de su exigibilidad, así como, proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

En punto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo corresponde indicar que si bien es cierto que, con posterioridad a la publicación de la sentencia SU 140 de 2019, la Sala en forma mayoritaria se apartó respetuosamente del criterio allí expuesto por la H. Corte Constitucional, al considerar que en la referida decisión se había abordado el análisis de un punto pacífico en la jurisprudencia sentada por la máxima Corporación de Justicia Laboral; en cumplimiento de fallo de tutela la Sala en forma mayoritaria rectificó su postura, para en su lugar adoptar el criterio sentado por la H. Corte Constitucional, en tanto que, al margen del aspecto formal se acogen los razonamientos de fondo para considerar que los referidos incrementos por persona a cargo fueron derogados con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993, los que por demás se soportan en un profuso análisis de la jurisprudencia existente en punto al régimen de transición. Al punto se señaló en la referida decisión:

“Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un régimen de transición que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar



desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa legítima, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.

3.2.7. *Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de **'salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior'** (Énfasis fuera de texto); o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso sub examine: 'el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.'*

3.2.8. *Con dicho propósito, la Ley 100 de 1993 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas personas y por cierto tiempo, protegiendo las expectativas legítimas de tales personas en tanto éstas se refirieran exclusivamente a la adquisición del derecho a la pensión. La Ley 100 previó entonces que algunas normas del sistema pensional anterior conservaran su vigencia, solamente para algunas personas que el legislador concibió como susceptibles de haber ya adquirido una expectativa legítima en cuanto a las características de la pensión que eventualmente adquirirían en un mediano plazo.*

(...)

3.2.11. *En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a*



la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ibíd.

3.2.12. La claridad de lo atrás expuesto no se opone a que la Corte explique las razones por las cuales resulta inadmisibile cualquier argumentación dirigida a apoyar la vigencia del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con fundamento en que en el subsiguiente artículo 22 se señaló que el derecho a los incrementos previstos en el artículo 21 “subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.

(...)

3.2.16. Finalmente, ha de indicarse que los incrementos pensionales previstos por el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 –esto es, los incrementos “por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”- corresponden a uno de los aspectos del antiguo sistema de seguridad social que el Legislador abandonó por no adecuarse a los ideales de justicia contemporáneos (ver jurisprudencia citada en supra 3.1.3.), a que sí pertenece la noción de economía de cuidado.

En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales, particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres, los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017[173].

La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2° de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde “al



trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. (...). De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 “la contribución no remunerada de las mujeres alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros”.

En vista de lo anterior, se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar. Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior.

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultraactivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio, considera la Sala, que corresponde revocar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado; en tanto, como se advirtió, si bien al demandante se le reconoció la prestación de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990, ello fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, régimen en el que, tal como lo sentó el criterio jurisprudencial en cita, no se previó para los incrementos pensionales por persona a cargo.



En las condiciones analizadas, no resta más que revocar la determinación adoptada por la servidora judicial de primer grado, para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones. Sin condena en costas en esta instancia.

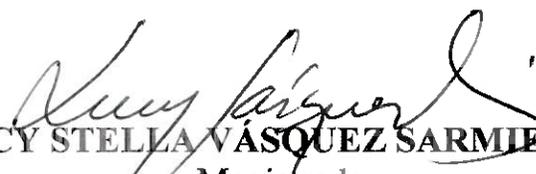
DECISIÓN:

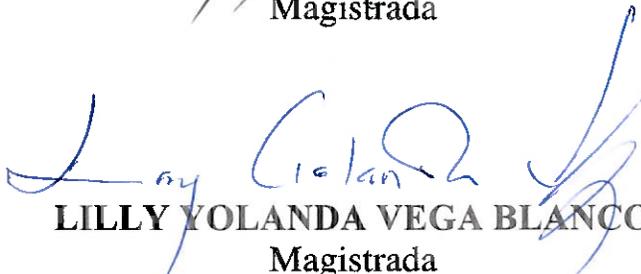
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones. **COSTAS**. Sin lugar a su imposición en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto*



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-021-2020-00455-01. Proceso Ordinario de Humphrey Campos Martínez contra la Administradora Colombiana de Pensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de marzo de 2022.

ANTECEDENTES

El señor Humphrey Campos Martínez, presentó demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, a fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su condición de compañero permanente con ocasión del fallecimiento de la señora Clara Lucía del Rosario López Otero a partir del 12 de abril de 2017, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera y las costas del proceso.



Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, mediante resolución No. 29465 de 2009 el ISS reconoció pensión de vejez a favor de la señora Clara Lucía del Rosario López Otero, a partir del 12 de marzo de 2019, en cuantía de \$3.292.197, quien falleció el 12 de abril de 2017; que de la unión de la causante y el demandante, se procreó a la señora Daniela Campos López; que la seora López Otero tenía como beneficiario del sistema de salud al actor, conforme consta en la certificación emitida por Compensar; que tanto el demandante (10 de febrero de 2020), como los señores Rafael Rozo Montejo, Amparo Olave Ariza y Mario Jaramillo Moreno rindieron declaración bajo juramento en las notarías 14 y 69 del Círculo de Bogotá y en la notaría única de cota, en las que manifestaron que conocían al demandante y por tanto tenían conocimiento de la relación que sostuvo con la señora Clara Lucía del Rosario López Torres, la que se mantuvo hasta la fecha de fallecimiento y de cuya unión se procreó una hija; que elevó solicitud para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 12 de mayo de 2022, la que fue negada mediante la resolución SUB 133285 del 23 de junio de 2020, bajo el sustento que con la investigación administrativa adelantada no se acreditaba y verificaba la solicitud presentada; contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los que fueron desatados de forma desfavorable mediante los actos administrativos SUB 162116 y DPE 11736 de 2020; que en el escrito presentado por el actor el 22 de julio de 2020, mencionó que no entendió las preguntas efectuadas por la investigadora, aunado con que se encontraba bajo los efectos de medicamentos y calmantes por haber sido diagnosticado con cáncer de vejiga y que cuando lo deseen pueden volver a efectuar la comunicación telefónica, ya que no está de acuerdo con que pongan en duda su honorabilidad, pues se trata de un señor de 70 años.



El aquo absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto no se acreditó el término de convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento de la señora Clara Lucía del Rosario López Torres, en el entendido que tanto en las declaraciones extrajuicio, así como en la investigación administrativa realizada por Colpensiones de forma previa a negar la concesión del derecho pensional, así como, en el interrogatorio de parte y en los testimonios recepcionados se advertían inconsistencias entre las manifestaciones dadas, lo que no generaba certeza para la falladora de primer grado en cuanto a la calidad de beneficiario del actor.

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, a fin de que sea revocada la decisión de primer grado y en su lugar se concedan las súplicas de la demanda. Aduce la parte recurrente que no está de acuerdo con la conclusión a la que se arribó en la sentencia, en primer lugar, por cuanto se desconocen las pruebas documentales aportadas, tales como el registro civil de nacimiento de Daniela Campos Martínez hija del demandante y la causante, copias de las certificaciones emitidas por Compensar en las que consta que el actor es beneficiario en salud de la fallecida, situación que perdura hasta el 17 de julio de 2020, las declaraciones extrajuicio rendidas por Rafael Arturo, Mario Jaramillo y Amparo Olave, así como el poder general otorgado por la causante al demandante el 29 de febrero de 2016, en el que se confiere la facultad de dominio de unos lotes ubicados en Purificación (Tolima), tanto para la venta, como la respectiva escrituración. En segundo lugar, por cuanto del interrogatorio y de los testimonios queda probado que la causante viajó a Estados Unidos por motivos de salud y hasta el momento en que sus condiciones lo permitieron, se desplazaba a Colombia, quedándose en el apartamento de su propiedad junto con su compañero, así como, que dialogaban varias veces al día, no solo por motivos de saber



cómo estaba su hija, sino también para mantener su relación de pareja, enfatizando que en sus encuentros de pareja el actor incluso la bañaba dados los padecimientos en sus manos, de lo que se puede concluir que la relación perduró, manteniéndose el vínculo que los unía, pese a la separación producto del estado de salud de la causante, así como, de la imposibilidad del demandante de obtener su visado americano, situaciones que pueden confluir y que no pueden generar la pérdida del derecho.

En tercer lugar, indicó que la sentencia contraría la doctrina probable establecida por la Corte Constitucional establecido en la sentencia C 836 de 2001, así como, desconoce las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en las que se ha indicado que el vínculo debe ser dinámico, de acompañamiento y socorro (SL 1576 de 2019), situación que se encuentra acreditada en el caso bajo estudio, pues perduró al convivencia por más de 34 años, en el entendido que se fueron a vivir desde el año 1986; de igual forma, refirió que de acuerdo con la sentencia radicado No. 35809 de 2009, no se puede hablar de interrupción o pérdida del término de convivencia por la ausencia de alguno de los compañeros o cónyuges, cuando la misma se encuentra debidamente motivada por cuestiones de salud, trabajo, entre otras, presupuestos que se plasman en el caso bajo estudio, ya que la separación obedeció al estado de salud de la señora Clara Lucía, así como por las obligaciones laborales del actor y el problema con la obtención de la visa, esta última, que obedeció a la situación presentada con su hermano, sin embargo, se mantuvo la ayuda mutua, el acompañamiento espiritual y vida en común, pese al distanciamiento de la pareja, con ocasión de la residencia del señor Fernando Céspedes hijo de la causante y con lo que se pretendía la residencia de la fallecida, así como por la hija de la pareja, argumentos por los cuales se debe conceder el derecho en cabeza del demandante.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia alguna frente a la calidad de pensionado que ostentaba la causante señora Clara Lucía del Rosario López Otero, la que se acredita mediante la Resolución No. 029465 del 26 de junio de 2009, emitida por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, a partir del 12 de marzo de 2009, en cuantía inicial por la suma de \$2.213.455; por lo que el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia se circunscribe en determinar si al demandante le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de la señora LÓPEZ OTERO y de encontrarse tal postulado acertado, establecer si hay lugar al pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios deprecados.

Así las cosas, en cuanto al tema de la pensión de sobrevivientes que se reclama, la Sala recuerda, que la jurisprudencia laboral tiene enseñado de vieja data, que en tratándose de esta prestación, por regla general, es la fecha de la muerte del afiliado o pensionado la que determina la norma aplicable al caso concreto. En el asunto, como efectivamente lo concluyó la juez de primer grado, la señora Clara Lucía del Rosario López Otero falleció el 12 de abril de 2017, tal como lo acredita el registro civil de defunción que obra en el expediente digital.

En ese orden de ideas, el artículo 46 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dispone que tienen derecho a la pensión el grupo familiar del pensionado por vejez e invalidez que fallezca por origen común, indicando en el artículo 47 y modificado por



el artículo 13 de los compendios normativos ya enunciados, quiénes son los beneficiarios de tal prestación:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

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

...

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

Teniendo en cuenta la norma anterior, para proceder con el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, el reclamante debe acreditar pertenecer al grupo familiar y además, como en el caso bajo estudio, demostrar un término de convivencia no inferior a 5 años con anterioridad al fallecimiento de la pensionada.



De acuerdo con lo anterior, se advierte que el demandante aportó al plenario declaraciones extra juicio rendidas por el mismo actor, así como por los señores Rafael Arturo Rozo Montejo y Mario Jaramillo Moreno y la señora Amparo Olave Ariza. En la declaración rendida por el señor Campos Martínez señaló que convivió con la señora Clara Lucía desde el año 1986 hasta el año 2014 y de cuya unión se procreó una hija de nombre Daniela Campos Martínez, que por motivos de salud la causante se fue a vivir a Miami (Estados Unidos) y que por razones de trabajo del actor no pudo solicitar su residencia en dicho país, aclarando que la pareja también convivió con el señor Fernando Céspedes López.

En su momento, el señor Rafael Arturo Rozo Montejo señaló que conoce al demandante desde hace 33 años al ser compañeros de trabajo y por ello conoció a la señora Clara Lucía, que prácticamente vio nacer a la hija de la pareja, llegando con posterioridad el hijo de la causante, que la pareja siempre convivió junta compartiendo techo, lecho y mesa, hasta el fallecimiento de la misma; la señora Amparo Olave Ariza refirió que conoció a la señora Clara Lucía del Rosario desde hace 34 años y por eso sabe y le consta que convivía y hacía vida marital con el hoy demandante desde el 13 de febrero de 1986 y hasta el fallecimiento de la señora, ocurrido el 12 de abril de 2017, que de la unión se procreó una hija mayor de edad y que no existen más hijos pendientes por reconocer, ni adoptivos, ni extramatrimoniales, ni menores de edad. Finalmente, el señor Jaramillo Moreno indicó que conoce al señor Campos Martínez desde hace 50 años y por ello sabe de la convivencia con la señora López Otero desde 1986y hasta el momento en que ésta viajó a los estados Unidos por un tratamiento médico y para obtener la residencia, que conoce a la hija y ha estado presente de su crecimiento, así como del amor y dedicación de la pareja al hogar.



Así mismo, se señaló en la investigación administrativa adelantada por Cosinte Ltda., en favor de Colpensiones para determinar la convivencia de la pareja, que:

“Manifiesta que se conocieron en el año 1981 debido a un encuentro de colombianos en Detroit en Farmington Hills. Refiere que iniciaron su convivencia el 10 de mayo de 1987 y que siempre estuvieron juntos hasta que la causante se trasladó a Estados Unidos para iniciar un tratamiento médico en el año 2014; después de ese año, se encontraban cuando la causante viajaba a Colombia, hasta la fecha de su fallecimiento el 12/ abril de 2017 debido a una falla renal post trasplante, razón por la cual estuvieron en total una cantidad de 31 años, informo que cuando iniciaron la convivencia compraron un apartamento a nombre de la causante en la Carrera 11 # 141-65 Torre G, Apto 227, en donde vivieron hasta el año 1993; luego se trasladaron a la Unidad Residencial Atabanza, en la Torre 1, Apto 603 en calidad de arriendo y luego se trasladaron a otro apartamento en el mismo conjunto ubicado en la Torre 8, Unidad 2, en donde convivieron por 7 años; luego se mudaron a un apartamento ubicado en la Avenida Suba con 101 en donde vivieron hasta el año 2004; luego se trasladaron de nuevo al apartamento ubicado en la Carrera 11 # 141-65 Torre G, Apto 227, hasta que la causante se traslada a Estados Unidos para acreditar su residencia en el país, en el año 2012 y el solicitante se traslada a Ecuador por motivos laborales. Expresa que la solicitante viaja desde el año 2012 a Colombia, de manera recurrente; expresando que la última vez que la vio fue en el mes de agosto del año 2015, en Medellín; aclarando que cuando ella lo visitaba se quedaban en el apartamento de la mamá del solicitante ubicado en la Transversal 21 B # 60-81 Apto: 703. En la actualidad el solicitante vive hace un año en un apartamento en calidad de arriendo ubicado en la Carrera 23 #63 C-08, apto: 602.

En cuanto a las pertenencias de su compañera afirmó que se encuentran en Estados Unidos, sin embargo, mostró una foto donde departe con la causante en un evento social; resalta que es una persona poco fotogénica y que las otras fotos, se encuentran en un celular el cual está dañado. Alude que los gastos fúnebres fueron costeados por el hijo de la causante Fernando Manuel Céspedes López.

Indagación pregunta Cliente: El solicitante convivió con la causante compartiendo techo, lecho y mesa hasta el año 2014, en el cual la causante se trasladó a Estados Unidos para iniciar un tratamiento médico debido a su falla renal; el solicitante expresa que no la pudo acompañar en sus últimos años de vida, debido a que tiene



prohibido el ingreso al país, por un antecedente de narcotráfico, debido a que su hermano fue arrestado en Estados Unidos y él se encontraba en el lugar del arresto, motivo por el cual fue deportado.

El solicitante no brinda datos de contacto de la familia de la solicitante, aduciendo que no tiene comunicación con los mismos; al preguntarle por el número de teléfono de su hija Daniela Campos López, expresa que después de la muerte de la causante no tuvieron más contacto y no tiene su número de teléfono, solo refiere que se encuentra radicada en Washington.

Por otro lado, el solicitante es padre de una menor de 15 años de edad llamada María Paz Campos, quien reside con él y expresa que fue fruto de una infidelidad; de la cual indica que la causante tenía conocimiento y la acepto como a otra hija, debió a que la madre de la menor perdió de potestad por maltrato infantil.

Además, expresa que él tenía una serie de propiedades las cuales estaban a nombre de la causante y cuando ella falleció, sus hijos Fernando Manuel Céspedes López y Daniela Campos López, se quedaron con los activos, sin darle nada a él. Por último, expresa que él nunca dependió económicamente de la causante y en la actualidad solventa sus gastos por medio de trabajo como independiente, en asesorías y contrataciones en ingeniería civil.

...

De los Declarantes se dialogó con el señor Rafael Arturo Rozo Montejo identificado con CC 19086518, Teléfono 3203606755, Residente en la Carrera 15 # 49-21, de la ciudad de Bogotá - Cundinamarca, de parentesco del causante Extra juicio quien comenta que conoció a la causante debió que trabajaba en la petrolera Cusiana en el año 1985 a 1990 aunque no tiene claridad del año exacto; también expresa que conoció al solicitante en la misma empresa; expresa que los dos manejaban una relación sentimental de la cual tenían dos hijos, uno de ellos llamado Fernando. Al preguntarle si la señora Clara Lucia tuvo hijos con el solicitante, responde que cree que sí, tuvieron una hija llamada Daniela, pero aduce que con los años no se acuerda. Describe físicamente a la señora Clara, como una mujer de piel castaña, no brinda más información sobre su aspecto físico; al preguntarle por el lugar donde convivieron, aduce que fue cerca al barrio cedritos y al preguntarle por el año de fallecimiento dice que no tiene claridad, pero cree que fue en el año 1989 y no sabe en



qué lugar falleció. Lo cual contradice la información registrada en la declaración extra juicio; en donde aduce que la causante falleció en el año 2017.

También se dialogó con el señor Amparo Olave Ariza identificado con CC 38221045, Teléfono 3133901454, Residente en la carrera 11 # 140-65 Apto 315 Bloque D, de la ciudad de Bogotá - Cundinamarca, de parentesco del causante Extra juicio quien comenta que conoció a la causante hace 34 años, en el conjunto residencial donde actualmente vive; de igual manera afirma conocer al solicitante y refiere que era la pareja sentimental de la señora Clara Lucía y que de su relación cree tuvieron dos hijos, aunque no recuerda con exactitud esa información; aclara que durante el tiempo que los conoció no se enteró de separaciones o distanciamientos entre la pareja, pero aclara que perdió el contacto con ellos, hace muchos años y no sabe en qué año falleció la causante. (...)".

De igual forma, debe precisarse que se aportaron certificaciones emitidas por Compensar EPS, en las que consta que el actor es beneficiario en salud de la causante Clara Lucía del Rosario López Otero desde el 17 de diciembre de 2010, afiliación que se mantenía vigente hasta el 17 de julio de 2020, así como poder conferido en favor del demandante por parte de la causante, en el que lo faculta para realizar la venta de unos lotes ubicados en el municipio de purificación (Tolima), al igual, que se encuentra registro civil de nacimiento de Daniela Campos López el 17 de enero de 1991, del que se puede extraer que en efecto los progenitores de la misma son el señor Humphrey Campos Martínez y la señora Clara Lucía del Rosario López Otero (Q.E.P.D.).

Así mismo, el demandante rindió interrogatorio de parte quien manifestó que en efecto convivió con la causante desde el año 1986, que primero adquirieron como pareja un apartamento en el barrio cedritos, luego vivieron en Suba, no obstante, se devolvieron ha dicho apartamento junto con su hija. Que la causante empezó a viajar a Estados Unidos en el año 2007 o 2008, sin embargo, viajaba a Colombia cada dos o tres meses



para asistir a citas médicas, que cuando regresaba al país se quedaba con el demandante en su apartamento en cedritos, iban a cine, pasaban la navidad y viajaban a la ciudad de Medellín; que dos o tres años antes de su fallecimiento no pudo volver a viajar por problemas de salud, pero la última vez que vino para el año 2014, estuvieron en la municipio de Fusagasugá compartiendo con algunos familiares; que no pudo viajar acompañar a su compañera, como quiera que tenía problemas de visado, sin embargo, la idea era que la causante obtuviera la residencia, para que después la solicitara su hija Daniela y finalmente la solicitara el actor, sin embargo, no se produjo tal situación por el fallecimiento de la señora Clara Lucía, así como, que no elevó petición para la concesión de la visa, para no truncar la solicitud de residencia de su hija, ya que al señor Humphrey le fue cancelada la visa en el año 1986; que el actor no dependía de la causante ya que existía una ayuda mutua; que la señora Clara Lucía del Rosario falleció en la ciudad de Miami, donde fue cremada, no obstante, sus restos fueron enviados a Colombia para ser enterrados junto a los de sus padres, que quienes vieron durante la enfermedad de la misma fueron sus hijos Daniela y Fernando Céspedes, hijo de una relación anterior de la causante, que no hubo necesidad de realizar trámite de sucesión, en el entendido que el apartamento de cedritos se escrituró en vida de los hijos Fernando y Daniela, quienes lo tienen arrendado y reciben los cánones respectivos e incluso, manifestó que le eran enviados en vida de la pensionada, un porcentaje de dichos arrendamientos; que el actor reside en un apartamento que le correspondió por la herencia de su progenitora, conviviendo con su hija de nombre Alejandra, quien fue producto de una infidelidad del actor, pero que fue recibida por la señora Clara Lucía como un miembro de la familia.



Así mismo, se solicitó la ratificación de las declaraciones extra procesales, por lo que se escuchó la declaración del señor Rafael Rozo Montejo quien afirmó conocer al actor desde hace 30 años, por lo que sabe que el actor estaba casado con la señora Clara Lucía del Rosario, que la pareja tenía hijos y vivían primero en cedritos, luego en suba y finalmente en la calle 100 con carrera 30, trasladándose finalmente a cedritos, que no recuerda la fecha de fallecimiento, pero se enteró que fue una enfermedad muy dolorosa, pero no estuvo presente en las exequias que se realizaron en Colombia; que estuvo presente en las conversaciones telefónicas y por ello sabe el amor, cariño y acompañamiento que se tenía la pareja, que tenía una relación muy cercana al demandante.

De igual forma, se escuchó a Mario Jaramillo Moreno quien manifestó que conoce al demandante desde hace 50 años y por ello sabe que la señora Clara Lucía era la esposa del mismo, que los visitaba en promedio 6 o 7 veces al mes, que vivieron en Atabanza, Suba y Cedritos, informando que el último lugar de convivencia había sido en Suba, no obstante, de forma posterior indicó que lo fue en cedritos; que la causante se fue del país, pues pretendían que toda la familia tuviera la residencia en Estados Unidos, por lo que se comunicaban 2 o 3 veces al día, que tuvieron una hija, que no sabe la fecha de fallecimiento de la pensionada, así como tampoco asistió a las exequias de la misma, mencionando que la última vez que la vio fue como 5 o 6 años antes del deceso, en el año 2015 en la ciudad de Medellín, ya que cenaron juntos, que sabía que sufría de una falla renal, situación por la que se fue a vivir a Estados Unidos junto con su hijo Fernando; que la causante tenía a su nombre apartamentos, casas y carros, así como, que no conocía a la hija extramatrimonial del actor.



Atendiendo la prueba a la que se hizo referencia, advierte esta Sala de Decisión que en efecto le asiste razón a la falladora de primer grado en cuanto absolvió del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en el entendido que los medios de convicción aportados al plenario no dan certeza respecto de la convivencia real y efectiva que solicita el señor Humphrey Campos Martínez con la señora Clara Lucía del Rosario López Otero, ya que si bien se acredita un periodo de convivencia entre los mismos, a tal punto que de dicha unión se procreó una hija de nombre Daniela Campos López, no se puede concluir el término de convivencia de los 5 años anteriores al fallecimiento de la pensionada.

Se arriba a tal conclusión, en el sentido que las declaraciones extra juicio rendidas tanto por el demandante, como por los testigos, así como en la investigación administrativa adelantada por Colpensiones, se contraponen con las manifestaciones vertidas al interior del proceso, en el sentido que en la declaración extra juicio se mencionó por el demandante que no podía solicitar la visa americana para ir a acompañar a su compañera por temas laborales, no obstante, en las dos restantes adujo que fue por un tema judicial que se originó con su hermano; adujo que la causante empezó sus viajes a Estados Unidos en el año 2007 o 2008, sin embargo, mediante escrito presentado a Colpensiones por la misma señora Clara Lucía del Rosario (Q.E.P.D.), informó que es residente en Miami (Estados Unidos) desde el año 2008, al igual, que manifestó que cuando la pensionada fallecida visitaba Colombia se quedaban en su apartamento en Cedritos, sin embargo, también manifestó que se quedaban en el apartamento de la progenitora del actor y que incluso, dicho apartamento en Cedritos se encontraba arrendado y por tal concepto recibía un porcentaje del arrendamiento.



Igual situación ocurre en las declaraciones de los testigos, quienes adujeron que la separación de la pareja se dio tan solo por el tema de salud de la actora, sin embargo, en la información rendida ante la aquo se mencionó el problema de visado que tenía el actor, así como, que causa extrañeza que los señores Rafael Rozo Montejo y Mario Jaramillo Moreno, pese a ser tan cercanos al actor, no lo acompañaran durante las exequias de la señora Clara Lucía del Rosario llevadas a cabo en Colombia, así como, que informaron que estuvieron en la última visita de la causante, sin embargo, manifestaron que se vieron en la ciudad de Bogotá y Medellín, no obstante, fue el mismo demandante quien en su declaración informó que la última vez que vino estuvieron en el municipio de Fusagasugá con familiares de ellos y uno de ellos desconocía la existencia de una hija extramatrimonial del actor y con quien reside, pese a que fue el mismo que manifestó visitar tanto a la pareja, como al actor 6 o 7 veces al mes.

Así mismo, el señor Mario Jaramillo Moreno que fue quien le indicó al juzgado que visitaba a la pareja 6 o 7 veces al mes y que escuchaba las conversaciones entre la pareja, fue el mismo que indicó que salió de Colombia en los años 1992 o 1998, o en los años 2008 y 2009, y que regresó al país en el año 2019, esto es, dos años después del fallecimiento de la pensionada fallecida, por lo que las afirmaciones rendidas quedarían sin sustento.

Aunado a lo anterior, la declaración extrajuicio de la señora Amparo Olave Ariza no puede ser tomada en cuenta, ya que la misma no compareció para efectuar la ratificación solicitada por Colpensiones y por tanto su afirmación no puede ser valorada en esta etapa procesal.



Finalmente, si bien se aduce por la apoderada de la parte demandante que debe tenerse en cuenta el poder conferido al actor por parte de la señora Clara Lucía del Rosario López Otero (Q.E.P.D.), también lo es, que el mismo se confirió para la enajenación o transferencia del dominio de dos lotes ubicados en Purificación (Tolima), sin que en dicho documento se mencionara vínculo alguno que atara a las partes y por el contrario, en el mismo se deja constancia que el demandante puede declarar que el estado civil de la poderdante era soltera y que el bien no estaba afectado como patrimonio de familia, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia quedarán a cargo del demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 11 de marzo de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-021-2022-00089-01. Proceso Ordinario de Myriam Julieta Montañez Rodríguez contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de octubre de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de la afiliación a la AFP Colpatria el 9 de mayo de 1995, así como los traslados horizontales efectuados a Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y como consecuencia de la anterior, se condene a devolver a



Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, ordenándose a la última entidad tenerla como válidamente afiliada al RPM sin solución de continuidad, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir del momento en que cumplió los requisitos para tal fin, el retroactivo pensional, así como el pago de los perjuicios, intereses o réditos causados por el traslado indebido por parte de Porvenir S.A. y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó se declare el incumplimiento de la afiliación y la culpa imputable a Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, se condene al pago del daño patrimonial y extra patrimonial, siendo responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen a la actora, ordenándose el pago de la diferencia pensional y por perjuicios morales a la suma de 100 SMLMV.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 28 de diciembre de 1964, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 30 años, efectuando su primera cotización en el Instituto de Seguros Sociales en el mes de julio de 1986; que la demandante suscribió formulario de afiliación con la AFP Colpatria el 9 de mayo de 1995, sin contar con una leve información del documento que suscribía; que si su consentimiento, fue trasladada a Protección S.A. en el mes de diciembre de 1997, retornando de forma automática y sin consentimiento a Porvenir S.A. el 28 de julio de 1999; que al momento en que se efectuaron los traslados, no se le informó a la demandante las características de los regímenes pensionales, las ventajas de su afiliación al RAIS, que el reconocimiento de la prestación dependía del capital aportado por la actora, sus empleadores y los rendimientos financieros, como se liquidaba la pensión ni en el RPM, ni en el RAIS, ni se le indicó cuál sería el valor de la prestación o las modalidades pensionales al interior de dicho régimen; que la actora cotizó al ISS 209 semanas, en otras administradoras 90 y en Porvenir S.A. un total de 1353 semanas, acumulando un capital por la suma de \$313.306.679; que



Porvenir no le ha informado el monto de la pensión, ni la actora se encuentra pensionada.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. de fecha 25 de abril de 1995, así como los traslados horizontales efectuados a Protección S.A. y Porvenir S.A. y ordenó a Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, los aportes del fondo de garantía mínima, gastos de administración, comisiones y seguros previsionales debidamente indexados, así como a Protección S.A. a trasladar los aportes del fondo de garantía mínima, gastos de administración, comisiones y seguros previsionales debidamente indexados, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, actualizando la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de Porvenir S.A. solicitó se revoque la decisión que declaró la ineficacia de la demandante, en el entendido que si bien existe un precedente judicial dictado por la Corte Suprema de Justicia Sala laboral, también ha indicado que le mismo no se aplica de forma genérica a la totalidad de casos de



ineficacia, pues señala que debe existir una similitud fáctica en cada caso, situación que no se presenta en el asunto, pues el traslado se dio de forma informada de conformidad con las obligaciones vigentes para el año 1995, la que no exigía la información en los términos reclamados en la demanda y decididos en la sentencia, ya que todas las características, ventajas, desventajas y demás conceptos se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la accionante pudo validar el contenido de la información, ya que la actuación adelantada por Porvenir ha estado revestida de buena fe para el momento en que se originó el traslado, a tal punto que el traslado se dio producto de la debida información, que no solo se acredita con los medios de prueba aportados, sino con la declaración rendida en el interrogatorio de parte que son susceptibles de confesión, conforme con el artículo 191 del C.G.P., además, de que se cumplió con la obligación impuesta por la Superintendencia Bancaria de Colombia. Así mismo, refirió que los rendimientos financieros deben corresponder a los que se hubieren generado en el RPM, pues si no tiene efecto legal el traslado al RAIS, sí se deban devolver los rendimientos. Frente a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima, los mismos no están llamados a financiar la pensión de la accionante, sino que es una erogación legal impuesta a los fondos privados, conforme lo establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de tal suerte que las sumas fueron invertidas en la forma establecida en la Ley y no están en poder de la demandada y menos en que los mismos sean debidamente indexados, pues se incurre en una doble condena, pues al ordenarse la devolución de los rendimientos, estos son montos actuales, pues sería una actualización de la moneda corriente conforme lo han indicado los diferentes pronunciamientos del Tribunal Superior de Cundinamarca. Finalmente, frente a las agencias en derecho, la misma debe ser revocada pues quedó acreditado que Porvenir cumplió su carga del deber de información conforme a la primera etapa y no puede ser acreedora de costas procesales.

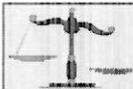


Por su parte, el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, a fin de que se absuelva de las condenas impuestas, en el entendido que de efectuarse un traslado de la demandante del RAIS al RPM se está violando la prohibición legal de que no puede trasladarse una persona que le falte menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, más aún, cuando las AFP cumplieron con el deber de información para el momento en que se realizaron los actos jurídicos, con la voluntad y capacidades legales de la demandante, aunado, con que el tiempo de permanencia saneó cualquier tipo de nulidad que afectó el acto jurídico y por tanto debe entenderse como válido, además, que no se vulnera el derecho a la pensión, pues la demandante cuando cumpla las condiciones en cada régimen pensional, va tener derecho a su prestación, enfatizando que la inconformidad de la actora es por el monto de la pensión. Así mismo, el traslado de una persona por vía judicial por falta al deber de información, se escapa a la posibilidad que tenía el entonces Instituto de Seguros Sociales y está afectando la sostenibilidad financiera del sistema, pues diferente al RAIS, es un sistema de dineros públicos, subsidiado, que depende de las sumas que se paguen en este momento y las que se paguen a futuro, además, que se afecta el interés general, sobre el particular, situación que es contraria a la Ley.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:



CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.



que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)"

"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).

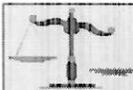


indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandada AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de forma directa la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta



Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como los traslados horizontales efectuadas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de forma directa a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo



no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

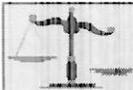
Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago. Igualmente, Protección S.A., deberá trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, con la actualización correspondiente.



Así mismo, se debe precisar, que no existe la doble condena que aduce el apoderado de la demandada Porvenir al ordenarse la indexación de los conceptos, junto con los rendimientos financieros, ya que si bien tales rendimientos generan un aumento en el dinero, también lo es, que los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondos de garantía mínima, así como las cotizaciones efectuadas por la demandante fueron realizadas en un intervalo de tiempo bastante amplio y por ello, debe actualizarse el monto de las mismas.

Ahora bien, debe precisarse que si bien los conceptos que emite la Superintendencia Financiera de Colombia pueden ser tenidos en cuenta, ellos no son de obligatorio cumplimiento en tratándose de las decisiones judiciales, más aún, cuando el Máximo Órgano de Cierra de la Jurisdicción Ordinaria ha establecido cuales son los conceptos que deben ser trasladados al momento de declararse la ineficacia de la afiliación.

En lo que tiene que ver con la devolución de los rendimientos financieros conforme con los que se debieron generar en el RPM y no la devolución de los generados en el RAIS, debe precisarse, que dichos rendimientos no le corresponde a las administradoras privadas, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos; de igual forma, tampoco se encuentra acertada la conclusión de la demandada, en el sentido que aduce que la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales no son un derecho del afiliado, sino que son un aporte o descuento autorizado por la Ley, enfatizando que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que dichos conceptos hacen parte integrante de la cotización mensual y por tanto le corresponden al afiliado.



En lo que tiene que ver con la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, si bien la misma impide efectuar el traslado cuando el afiliado se encuentre a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional por vejez, también lo es, que al declararse la ineficacia de la afiliación, es como si la misma no se hubiere generado y por tanto, la demandante no se encontraría inmersa en dicha imposibilidad de traslado.

Ahora bien, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

De igual forma, frente a la solicitud que eleva la demandada Porvenir S.A. respecto a la absolución de costas, debe precisarse que la misma es procedente, en el entendido que fue dicha administradora privada quien no brindó la debida información a la afiliada al momento del traslado primigenio con la AFP Colpatria, ni en el momento en que se originó el traslado directo con Porvenir S.A., por lo que resulta vencida en el presente litigio.

Finalmente, frente a la absolución de las demás pretensiones de la demanda no habrá lugar a efectuar pronunciamiento alguno, como quiera, que las mismas no fueron objeto de reproche o controversia alguna por la parte interesada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-028-2019-00555-01. Proceso Ordinario de Bertha Ofelia Barajas Estupiñan contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Protección S.A. y Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de julio de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que la demandada Protección S.A. incumplió su deber de información, así como que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por Protección S.A. y como consecuencia de la anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo



de su afiliación, junto con los rendimientos, y vinos pensionales a que hubiere lugar, ordenándose a la última entidad tenerla como válidamente afiliada al RPM sin solución de continuidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 1º de febrero de 1963, afiliándose en el ISS el 11 de agosto de 1980, donde cotizó un total de 847.71 semanas; que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 4 de marzo de 1998, momento para el cual tenía 35 años, no obstante, para ese momento se le indicó que el SS tenía graves problemas financieros y sus aportes estarían en riesgo, que el monto de su pensión en Colmena sería superior, que no tendría problemas de retraso de pagos de la mesada pensional, no se le indicó las ventajas y desventajas de los regímenes, las características de los mismos, la probabilidad que tendría de pensionarse, el monto de las mesadas pensionales en cada uno de ellos, la probabilidad de percibir una mesada sobre el salario mínimo legal mensual vigente, el eventual monto que le correspondería por indemnización sustitutiva o devolución de saldos, la posibilidad que tenía de retornar al RPM antes de cumplir la edad de 47 años; que la demandante se afilió a Old Mutual en el mes de noviembre de 2013, momento para el cual tenía 50 años, permaneciendo en la misma hasta el mes de agosto de 2014, no obstante, en la actualidad los aportes son efectuados a Protección S.A.; que la administradora privada le informó que la mesada pensional a la edad de 57 años ascendería a la suma de \$1.426.895, sin embargo, el IBC es por el monto de \$4.303.945, percibiendo en Colpensiones una prestación por la suma de \$3.229.289; que solicitó ante Protección la anulación de la afiliación el 9 de abril de 2019 y ante Colpensiones el 24 del mismo mes y año, obteniendo como respuesta que no se accedería a lo solicitado, así como que no era procedente la solicitud de traslado; que la actora elevó proceso judicial ante el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá que correspondió al radicado No. 2015 – 00694, teniendo como fundamento de la misma, que

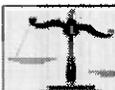


era beneficiaria del régimen de transición pues había cotizado más de 750 semanas al 1º de abril de 1994, no obstante, se absolvió de la solicitud de traslado, pues la demandante no había cotizado las 750 semanas, no elevó solicitud de traslado antes de los 46 años.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Colmena hoy Protección S.A. de fecha 4 de marzo de 1998, así como el traslado horizontal efectuado a Old Mutual y ordenó a Protección S.A. a trasladar los aportes pensionales, junto con los bonos pensionales, frutos e intereses sin deducción alguna por gastos de administración y seguros previsionales, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, actualizando la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de Protección S.A. interpuso recurso de apelación parcial, frente a lo concerniente con la devolución de los gastos de administración, que son cobrados por administrar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante equivalente al 3% del IBC del afiliado, se destina para pagar la comisión de administración y los seguros previsionales, este último, que se



paga mes a la aseguradora para que frente a una contingencia de invalidez o sobrevivencia, dicha aseguradora pague las sumas adicionales para financiar la prestación. También manifiesta que el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas como si no hubiesen sucedido, pero no tendría sentido devolver los frutos o rendimientos generados por la gestión de la demandada, pues los mismos fueron obtenidos por la labor de la administradora privada, frutos que no deberían ser descontados si la afiliación nunca existió, más aún, cuando debe tenerse en cuenta que habría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues fueron el fruto de la gestión realizada.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación a fin de que se revoque la sentencia proferida y en su lugar, se absuelva de las condenas impuestas, en el entendido que debe declararse la cosa juzgada, pues los dos procesos versan sobre el mismo objeto que no es otro que el traslado de régimen, existe identidad de causa petendi que es el sustento de los hechos, así como identidad de las partes que se encuentran vinculadas en los procesos, siendo más gravosa la situación, pues Colpensiones es quien debe sufrir los efectos del traslado. Así mismo, aduce que existe un perfeccionamiento del acto inexistente conforme el artículo 898 del Código de Comercio que expresa la ratificación del traslado, al igual, que existen actos de relacionamiento, por lo que debe acogerse al vínculo obligatorio que trata Ley 169 de 1896, esto es, sentencia SL 413 DE 2018, SL 3752 DE 2020 Y SL 1061 DE 2021, además de la cantidad de años y existencia en más de un fondo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con



que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que

prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).



suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandada AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Old Mutual hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la

explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., así como el traslado horizontal efectuado a Old Mutual hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo

no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado. Igualmente, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. deberá trasladar los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, por lo que se adicionará a decisión de primer grado en dicho sentido.



En lo que tiene que ver con la solicitud de no ordenar la devolución de los rendimientos financieros, como quiera que al declararse la ineficacia es como si nunca se hubiere generado la afiliación de la demandante al RAIS, debe señalarse que dichos rendimientos no le corresponde a las administradoras privadas, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedase con de ellos, lo que no genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues al no haberse materializado el traslado, era dicha entidad quien debería proceder con el cobro de tales comisiones y no así la administradora privada; de igual forma, tampoco se encuentra acertada la conclusión de la demandada, en el sentido que aduce que la devolución de los seguros previsionales no es procedente en tanto tales aportes se giraron a una aseguradora para cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia en el entendido que si bien tal postula es cierto, también lo es que quien dio origen a la falta al deber de información fue la administradora privada y por tanto es la misma quien debe proceder con la devolución de los mismos.

Ahora bien, la institución jurídico procesal de la cosa juzgada, impide que se adelante un proceso cuando ya había sido previamente definido, bien en proceso anterior o por alguno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos; siempre que exista identidad de objeto, de causa y de partes, es decir: *i)* que intervienen las mismas partes, *ii)* se plantean las mismas pretensiones, y *iii)* éstas se sustenten en idénticos supuestos fácticos, de tal forma que de llegar a establecerse todos y cada uno de estos supuestos, al funcionario judicial le está vedado entrar a definir nuevamente el mismo litigio.



Así las cosas, advierte esta Sala de Decisión que no se presenta la figura procesal en mención, en el sentido que si bien se encuentran acreditados los supuestos de objeto y partes, en el entendido que en el proceso adelantado ante el Juzgado 6° laboral del Circuito de Bogotá se pretendía el traslado de la actora al RMP administrado por Colpensiones, también lo es, que no se funda en la misma causa o supuestos fácticos, ya que en dicho litigio se pretendió el mencionado traslado bajo la premisa de que la señora Bertha Ofelia Barajas Estupiñán era beneficiaria del régimen de transición y había cotizado más de 750 semanas al 1° de abril de 1994, por lo que le eran aplicables la sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, pudiendo retornar en cualquier tiempo, sin embargo, en las presentes diligencias, se motiva la controversia en la declaratoria de ineficacia del traslado ante la falta al deber de información por parte de las administradoras privadas.

Por otra parte, frente a las costas impuestas a Colpensiones, debe indicarse que dicha Entidad no intervino en el acto de traslado, sino simplemente fue vinculada al litigio, por ser la administradora de pensiones que debe acoger a la demandante, por lo que bajo tal supuesto, no puede entenderse como parte vencida en el proceso de conformidad con lo expuesto en el artículo 366 del C.G.P., por lo que no es posible imponer condena en costas en su contra y por tal motivo, se revocará la decisión de primer grado en tal sentido.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** la sentencia proferida, en el sentido de ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales cobrados por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. en vigencia de la afiliación de la demandante, de conformidad con lo expuestos en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia proferida, en el sentido que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes impartidas, atendiendo la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida, en el sentido de **ABSOLVER** de la condena en costas a Colpensiones, conforme las consideraciones de la sentencia. **CUARTO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **QUINTO: COSTAS** de ambas

instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000, de conformidad con las motivaciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sdus voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 032 2019 00817 01. Proceso Ordinario de Luz Ángela Martínez Roa contra Colpensiones. (Apelación sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicita la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por parte de Colpensiones, así como de las incapacidades a partir del día 180 y hasta el día 540, junto con los intereses de mora correspondientes; se condene a Colpensiones al reconocimiento de tales derechos.



Como fundamento de sus pretensiones señaló que presenta diversas patologías de origen profesional que la tienen incapacitada de forma permanente, continua e indefinida desde el 15 de julio de 2016.

Refirió que de las incapacidades otorgadas tan solo seis, fueron catalogadas de origen profesional y las demás como enfermedad general y que a pesar de que ha solicitado en reiteradas ocasiones ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez la correspondiente valoración médica, los resultados a tal solicitud han sido negativos.

Afirmó que promovió acción de tutela en contra de la Nueva EPS Colpensiones, Allegion Colombia y la ARL Bolívar, siendo adicionalmente vinculada la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en la que se profirió sentencia el 25 de mayo de 2018, en la que se ordenó a Colpensiones el pago de las incapacidades médicas a partir del día 180 y hasta el día 540.

Expuso que en la sentencia de tutela se le instó para que promoviera la correspondiente acción dentro del término de dos meses, pero que por razones de fuerza mayor no puso presentar la demanda correspondiente, al encontrarse enferma e incapacitada.

Mediante providencia del 10 de julio de 2020 el servidor judicial de primer grado dispuso integrar el contradictorio con la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la Junta Regional de Calificación de Invalidez y la ARL Seguros Bolívar S.A.

Una vez notificadas la entidad accionada y las vinculadas dieron respuesta a la acción. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual adujo en su defensa que, contrario a lo indicado en la demanda, la accionante sí le



fue calificada su pérdida de capacidad laboral. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó buena fe de la parte demandada y falta de legitimación en la causa por pasiva.

Colpensiones por su parte indicó que ha actuado con estricto apego a la normatividad vigente y que no se ha determinado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y que la Nueva EPS no ha cumplido lo dispuesto en la ley al omitir la radicación el concepto de rehabilitación. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, imposibilidad en el pago de incapacidades médicas por omisión en la radicación de concepto favorable en los términos dispuestos por la ley por parte de la EPS, entre otras.

La Compañía de Seguros Bolívar S.A. afirmó no oponerse ni allanarse a las pretensiones de la demanda y precisó que reconoció y pagó a la empresa Segurex Latam SAS <<Allegion Colombia SAS>> un total de 136 días por incapacidad temporal derivadas de diagnóstico de origen laboral. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó cumplimiento de las obligaciones por parte de la ARL Seguros Bolívar en relación con los diagnósticos de origen laboral, pago total de la obligación a cargo de la ARL Seguros Bolívar, falta de legitimación en la causa por pasiva de ARL Seguros Bolívar como administradora de riesgos laborales y prescripción.

La Nueva EPS S.A. se opuso al reconocimiento de incapacidades médicas con posterioridad al día 540 al existir un vacío normativo de cara a la aplicación de la Ley 1753 de 2015 e indicó no oponerse ni allanarse a las demás pretensiones de la demanda por no estar dirigidas en su contra. Propuso en su defensa las excepciones de: el pago de incapacidades corre por cuenta de la ARL frente a un accidente o enfermedad de origen laboral,



inexistencia de la obligación en cabeza de Nueva EPS, desfinanciación del sistema de seguridad social en salud y de las EPS, y cumplimiento de la Nueva EPS de los trámites y órdenes para efectuar la calificación de enfermedad de la demandante.

Mediante providencia del 4 de febrero de 2021, el servidor judicial de primer grado admitió el llamamiento en garantía efectuado por la Nueva EPS S.A. de la Administradora de los Recursos del Sistema en Seguridad Social en Salud –ADRES–, entidad que una vez notificada se opuso al llamamiento en garantía al considerar que no funge como aseguradora, sino que cumple las funciones de Administradora de los recursos del sistema de salud. Y frente a las pretensiones de la demanda propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación e improcedencia del pago de intereses moratorios.

El servidor judicial de primer grado accedió al reconocimiento de las incapacidades reclamadas, condenando a su pago a Colpensiones de aquellas causadas entre el día 181 y el 540, y a la Nueva EPS S.A. respecto de las incapacidades causadas y que se llegaren a causar a partir del día 541. Así mismo ordenó el reconocimiento de intereses de mora respecto de las sumas adeudadas en los términos del Decreto-Ley 1281 de 2000. Y negó las demás pretensiones de la demanda.

En lo que respecta al trámite de esta instancia, el servidor judicial de primer grado consideró que de acuerdo con la documental aportada la Nueva EPS S.A. si comunicó oportunamente a Colpensiones el concepto de rehabilitación de manera que esta última debía asumir el pago de las incapacidades generadas entre el día 181 y el 540; y de otro, que de acuerdo con lo establecido en la Ley 1753 de 2015 la Nueva EPS debía asumir el



reconocimiento y pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 540.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

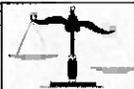
Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, como lo es Colpensiones, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, corresponde a la Sala determinar si resulta procedente la condena impuesta en contra de Colpensiones respecto de las incapacidades médicas de la demandante entre el día 181 y el día 540, junto con los intereses de mora en la forma establecida en el Decreto – Ley 1281 de 2000; de manera que de entrada no resulta procedente acceder a la solicitud elevada por la apoderada de la Nueva EPS en los alegatos de conclusión relativa a la revocatoria de la sentencia de primer grado.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que la demandante se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud y pensiones respectivamente a la Nueva EPS S.A. y a Colpensiones; así como tampoco lo es el hecho de que la demandante ha sido incapacitada por diversas patologías y que entre estas por el diagnóstico



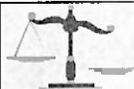
M511, estos es, “*trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía*” por más de 180 días.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que respecta al fondo del asunto, esto es el pago de incapacidades médicas por parte Colpensiones entre el día 181 y el 540; corresponde tener en cuenta que al tenor de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, las Administradoras de Pensiones tienen la obligación de asumir el pago del subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal de origen común, cuando existe concepto favorable de rehabilitación, después del día 180 y hasta por 360 días más; pero para ello las Entidades Promotoras de Salud tienen la obligación de emitir el referido concepto antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día 150, pues en caso contrario ésta “...deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, de acuerdo con el “*CERTIFICADO DE INCAPACIDADES*” expedido por la Nueva EPS S.A.¹ se advierte que el día 120 de incapacidades respecto del diagnóstico M511 se cumplió el 11 de abril de 2017 y el día 150 se cumplió el 10 de mayo de la misma anualidad; de manera que al tenor de lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, la Nueva EPS tenía la obligación de realizar el concepto favorable de rehabilitación hasta el 10 de abril de 2017 y remitirlo a Colpensiones hasta el 9 de mayo de la misma anualidad.

Ahora bien; de acuerdo con la documental aportada por la Nueva EPS visible a folios 85, el concepto favorable de rehabilitación respecto del diagnóstico M511 “*TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATIA*” se

¹ Cfr fls 177 y s.s.; archivo “05ContestacionNuevaEPS”



efectuó el 30 de noviembre de 2016, esto es, dentro del término establecido legalmente; sin embargo, contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, no se advierte dentro del plenario que dicha comunicación hubiere sido efectivamente entregada a Colpensiones.

En efecto, no desconoce la Sala que a tal como lo señaló el servidor judicial de primer grado, que la Nueva EPS aportó misiva del 2 de diciembre de 2016 dirigida a Colpensiones² con el que remite el concepto favorable de rehabilitación, lo cierto es, que no se advierte que dicho documento le hubiere sido efectivamente entregado, pues el referido documento tan solo cuenta en la parte superior con un sello de la Nueva EPS del 5 de diciembre de 2017 con la anotación “*SALIENTE EXTERNA*” y en la parte inferior se observa que se impuso el nombre de Pablo Baquero, sin que de ello sea posible establecer que el documento hubiere sido efectivamente entregado a Colpensiones.

En tal sentido, contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, dado que del documento visible a folio 86 de la contestación de la demanda de Nueva EPS, no fue posible establecer que esta entidad hubiere cumplido con la obligación de comunicar a Colpensiones el concepto favorable de rehabilitación y no existe dentro del plenario otro medio de convicción que permita establecer el cumplimiento de dicha obligación; corresponde absolver a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones, para en su lugar, condenar a la Nueva EPS S.A. al pago de las incapacidades generadas entre el día 181 y el día 540 a favor de la demandante respecto del diagnóstico M511.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia, dado que el conocimiento de la decisión de primer grado se asumió en el grado

² Cfr fl 86 ibidem



jurisdiccional de consulta; las costas de primera instancia se encuentran a cargo de la Nueva EPS S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

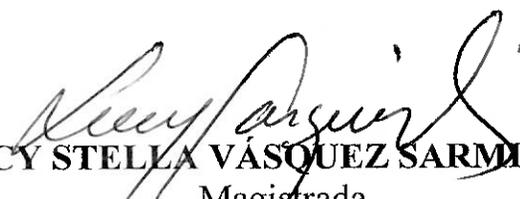
PRIMERO.- REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones.

SEGUNDO.- CONDENAR a la Nueva EPS S.A. al pago de las incapacidades generadas a favor de la demandante entre el día 181 y el día 540; de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

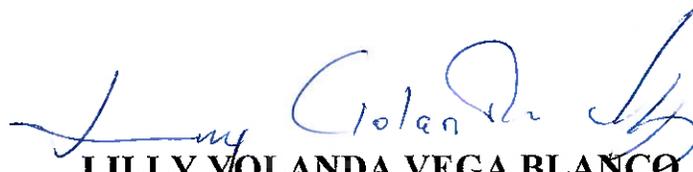
CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia, las de primer grado a cargo de Nueva EPS S.A..

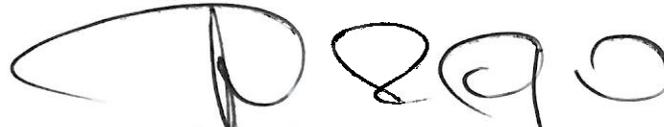
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-037 2019-00048-01. Proceso Ordinario de Betty Reyes Moncada
contra Colpensiones. (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 034 2020 00073 01. Proceso Ordinario Blanca Doris Bernal Mahecha contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir la siguiente, **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que debe ser considerada como afiliada al régimen de prima media con prestación definida y que es nulo el reconocimiento de la prestación de vejez; se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al régimen de prima media con prestación definida, a adelantar las actuaciones administrativas necesarias para la anulación de la emisión del bono pensional y se condene a los fondos



privados demandados al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados.

En subsidio de la pretensión relativa a la nulidad o ineficacia de traslado, solicitó se declare la inexistencia de su traslado al régimen de ahorro individual.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 7 de octubre de 1959 y estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales a partir del año 1978.

Afirmó que el 16 de agosto de 1994, al no recibir información técnica ya adecuada suscribió formulario de afiliación con el fondo Colmena, hoy AFP Protección S.A., trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Refirió que igualmente por no haber recibido una información técnica y adecuada el 5 de agosto de 1996 se trasladó a la AFP Old Mutual y el 9 de noviembre de 2000 a la AFP Porvenir S.A.

Expuso que en enero de 2017 cumplió los requisitos para el otorgamiento de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida con una mesada pensional de \$1'200.000,00.

Agregó que los promotores de los fondos privados no le advirtieron acerca de los riesgos que existían por trasladarse de régimen, ni que la pensión en el régimen de ahorro individual podría ser inferior y que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o no le permitiría obtener una pensión similar a la del régimen de prima media con prestación



definida, y que la negociación de su bono pensional implicaría un importante ejercicio financiero, entre otros aspectos.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Sostuvo que la selección del régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, y que al aceptar el régimen de ahorro individual con solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen. Propuso en su defensa las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino al momento de la selección del régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, prescripción, buena fe, entre otras.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. adujo que el acto del traslado es válido exento de vicios del consentimiento y fuerza, y que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso en su defensa 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, entre otras.

Colpensiones reconoció que la demandante estuvo afiliada al entonces Instituto de Seguros Sociales desde el año 1978 y adujo que dentro del expediente no obra prueba de que a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso en su defensa 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.



La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Provenir S.A. sostuvo que la afiliación de la demandante al fondo por ella administrado fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Finalmente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostuvo que la ineficacia del traslado era improcedente ante el estatus de pensionado del demandante, agregó que la AFP Provenir S.A. en condición de representante de la demandante solicitó la emisión del bono pensional y que respuesta e ello mediante la Resolución 20863 del 24 de octubre de 2019 accedió a lo solicitado. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslados por parte de pensionados, prescripción, reintegro del valor del bono y buena fe.

La servidora judicial de primer grado, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que la condición de pensionada de la demandante tornaba improcedente la declaratoria de ineficacia, determinación que apoyó con el criterio expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia; y que, si bien se reclamaron perjuicios morales, los mismos no quedaron acreditados.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.



FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita se declare la ineficacia del traslado y se reconozcan los perjuicios reclamados; para lo cual aduce en esencia que existen diferentes providencias de la Corte Suprema de Justicia en las que se reconoce que la regla de derecho es el deber de información a cargo de los fondos privados, sin ninguna clase de miramientos a las condiciones del sujeto, para determinar si es o no viable la declaratoria de ineficacia o nulidad; tal como lo determinó en sentencias 31980 de 2008, SL4933 del 2019 y SL 4343 de 2019, entre otras.

Afirma que quedó probado que su mandante no recibió ninguna clase de asesoría, pues únicamente le comentaron que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar, que iba a perder sus aportes y que su mesada iba a ser superior; pero que no la asesoraron acerca de las ventajas, desventajas, los requisitos para pensionarse, como se financiaba siquiera la pensión, los requisitos para obtener una mejor mesada pensional, entre otros.

De otra parte, solicita se absuelva a su representada de la condena en costas, en tanto que al presentar la demanda la sentencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas en el año 2021 no había salido y que dicho cambio impacta la seguridad jurídica de las personas, como a la demandante.

CONSIDERACIONES

En virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y S.S., le corresponde a la Sala determinar en primer término, si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como la nulidad de la pensión reconocida en su favor; ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, así

como del reconocimiento de la pensión de vejez por parte de esta última entidad.

Al respecto es del caso tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado con la documental aportada al expediente, que la demandante nació el 7 de octubre de 1959, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en el año 1978 en donde permaneció hasta el año 1994 cuando se trasladó a la AFP Colmena, que en el año 1996 se trasladó a la AFP Skandia y que a partir del año 2001 a la AFP Porvenir S.A., la cual reconoció en su favor pensión de vejez a partir del 3 de enero de 2017; para lo cual se emitió bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al asunto, por razones de carácter metodológico se abordará en primer término el análisis relativo a la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual a pesar de que a la fecha ostenta la condición de pensionada en dicho régimen pensional.

Con tal propósito corresponde a la Sala remitirse en extenso al criterio sentando por la máxima Corporación de Justicia laboral en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, en la que sobre el particular se expresó:

“Es un hecho acreditado que [...] disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible



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

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública. Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

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



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

Del criterio jurisprudencial en cita, que por demás ha sido reiterado por la alta Corporación en las sentencias SL3535 del 4 de agosto de 2021, SL2929 del 18 de mayo de 2022 y de forma más reciente en sentencia SL1085 de 2023, y que acoge la Sala de Decisión no solo por la autoridad de la Corporación que emana, sino por que comparte el análisis y conclusiones a las que arribó; dimana con meridiana claridad que el estatus de pensionado constituye una situación consolidada que no es razonable revertir dada la afectación que tal determinación implica, pues además de reversar el acto del traslado, tal determinación apareja la afectación de un gran número de relaciones jurídicas e intereses económicos que se generan a partir del reconocimiento del derecho pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con el diseño legal que éste tiene, y que a la postre adicionalmente imprimen un efecto desfavorable sobre el sistema público de pensiones.

En el asunto, como se advirtió en forma precedente la demandante ostenta la condición de pensionada desde el año 2017, y para la financiación de dicha prestación se redimió por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el bono pensional que existía en su favor, tal como se acredita con los documentos anexos.



Bajo tal perspectiva, ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, pues como se advirtió, es la condición de pensionada de la demandante la que impide declarar la ineficacia de su afiliación y en razón a ello, el criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral es aplicable en el caso objeto de estudio.

Debe advertirse en este punto que, si bien la máxima Corporación de Justicia Laboral ha reiterado que en estos eventos el pensionado tiene derecho a reclamar la indemnización total de perjuicios, y que en este caso se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales; también lo es que no se controvertió la conclusión a la que sobre el particular arribó la *aquo*, quien indicó al efecto que los mismos no fueron acreditados.

Ahora; en lo que respecta a la revocatoria de la condena en costas impuestas a la parte demandante, a juicio de la Sala tal solicitud no tiene vocación de prosperidad, pues la imposición, de este concepto obedece a un criterio netamente objetivo y que, de conformidad con el artículo 365 del C.G.P., se circunscribe al hecho real y cierto de si la parte resultó vencida o no en el juicio pertinente. Lo anterior no obsta para que de considerarlo procedente en su debida oportunidad pueda objetar el valor que estableció la servidora judicial de primer grado en relación con las agencias en derecho.

Las razones expuestas considera la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, pues al margen que al momento del traslado se hubiere incumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones; la condición de pensionada que ostenta la demandante impide declarar la ineficacia de su traslado y retrotraer la integridad de relaciones que se suscitaron al momento de su traslado al RAIS.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

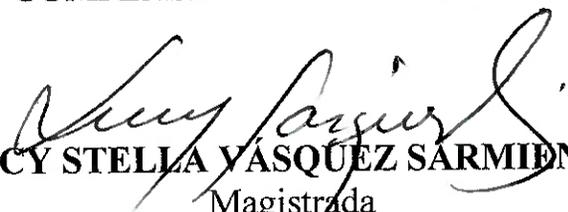
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 036 2020 00100 01. Proceso Ordinario Nelson Dorian Rodríguez Ravelo contra Colpensiones y Otras (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandada Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, en forma principal, que previa declaración de la nulidad de su afiliación y/o traslado al régimen de ahorro individual efectuado el 10 de mayo de 1994, así como los traslados horizontales efectuados el 22 de agosto de 2002 y el 26 de abril de 2004; se condene a Colpensiones a activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia



laboral con las cotizaciones efectuadas al régimen de ahorro individual con solidaridad, y a la AFP Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del dinero que exista en su cuenta de ahorro individual en donde se incluyan los aportes efectuados, los rendimientos, de ser el caso el valor redimido de bonos pensionales y/o títulos pensionales, comisiones y gastos de administración.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 3 de diciembre de 1962 y comenzó a hacer aportes al ISS a partir del 11 de agosto de 1980 en donde efectuó cotizaciones hasta el mes de mayo de 1994.

Refirió que el 10 de mayo de 1994 suscribió formulario de vinculación o traslado con la AFP Colpatría, hoy Porvenir S.A., quedando vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Informó que el asesor de dicha sociedad no cumplió con el deber de información y asesoría al momento del traslado, por lo que tomó la decisión de trasladarse sin un consentimiento debidamente informado y no ejerció de manera libre y voluntaria su derecho a la libre elección de régimen pensional.

Adujo que el 29 de septiembre de 2000 fue asignado automáticamente a la AFP Horizonte por la cesión por fusión entre las AFP Colpatría y Horizonte; que el 22 de agosto de 2002 se trasladó a la AFP Santander S.A., hoy Protección S.A., y el 26 de abril de 2004 se trasladó a la AFP Colfondos S.A.; sin que estas entidades cumplieran con su deber de información y asesoría al momento de su traslado.

Manifestó que la AFP Colfondos S.A el 17 de diciembre de 2019, previa solicitud, entregó proyecciones pensionales, conforme con las cuales el monto de su pensión de vejez a los 62 años en el régimen de ahorro individual



ascendería a la suma de \$3'192.175,00 y en el régimen de prima media con prestación definida a \$5'765.462,00, lo que denota un grave perjuicio económico.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías adujo que el traslado de la demandante se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes, y que sus asesores brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, pago y compensación, entre otras.

Colpensiones por su parte indicó que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que tuviera injerencia en dicha decisión, motivo por el que dicha afiliación es válida. Propuso las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de las AFP ante Colpensiones, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, prescripción; entre otras.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. sostuvo que el acto de la afiliación del accionante es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que lo realizó de forma libre y espontánea, y se solemnizó con la suscripción del formulario correspondiente. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,



prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

Finalmente, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en similar sentido indicó que la afiliación del accionante a la AFP Colpatria S.A. se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, después de haber sido informado amplia y oportunamente sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, situación de la cual da cuenta la correspondiente solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

El Despacho Judicial de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante al régimen ahorro individual con solidaridad efectiva a partir del 1° de junio de 1994, ordenó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por gastos de administración y comisiones, los costos las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados; ordenó a las AFP Porvenir y Protección trasladar a Colpensiones debidamente indexados la totalidad de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante durante la vigencia de su afiliación a cada una de ellas, por gastos de administración, comisiones, el costo de las primas de los seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.



FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primera instancia, para lo cual aduce en esencia que no se acreditó la falta de información o la existencia de algún vicio del consentimiento que justifiquen invalidar o dejar sin efectos el traslado del demandante.

Señala que por el contrario se acreditó que se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colpatria en los términos del literal d del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y de Decreto 663 de 1993, y que a pesar de que la Corte Suprema de Justicia señala que los afiliados al momento del traslado deben recibir una información adecuada y precisa acerca de las características de cada régimen pensional, también lo es el deber de asesoría y buen consejo evolucionó con el paso del tiempo, de manera que para la fecha del traslado del demandante no era exigible efectuar proyecciones o simulaciones pensionales.

Finalmente sostiene que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que procura proteger el principio de estabilidad financiera del sistema.

Por su parte el apoderado de la AFP Porvenir S.A. solicita en principio se revoque la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, para lo cual sostiene en síntesis que de conformidad con lo establecido en el artículo 9° del Código Civil, el demandante debía conocer las características de los dos regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, así como las consecuencias de su traslado, dado que se tratan de normas público debidamente promulgadas, y las partes no cuentan con la libertad de pactar condiciones diferentes.

De otra parte, solicita que, en caso de confirmarse la determinación relativa a la ineficacia del traslado del demandante, se revoque lo relacionado con la devolución de comisiones y gastos de administración, al ser descuentos autorizados por la ley como consecuencia de la administración del capital obrante en la cuenta individual del actor, generando rendimientos que no se generan en el régimen de prima media, por lo que su devolución generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones con mayor razón cuando el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 no prevé la devolución de tales recursos cuando se produce un cambio de régimen, a lo que agrega que en tanto estos recursos no hacen parte del derecho pensional se encuentran sujetos al término prescriptivo.

Finalmente se opuso a la actualización o indexación de tales sumas de dinero.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el

traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado del demandante, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.”

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que “Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo

todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida; de manera que no es de recibo el argumento que expone la recurrente.

Lo anterior, permite establecer con claridad, contrario a lo que plantea la recurrente, que en el caso objeto de estudio la AFP Colpatria S.A. en su momento debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que por demás, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; de manera que no resultan de recibos los argumentos que sobre el particular plantea la apoderada de Colpensiones.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 9º del Código Civil prevé que “[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa.”, contrario a lo que plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A., ello no implica que deba conocer el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, pues tal



precepto lo que impone es un deber de obediencia a la ley, más no una presunción de que conozca el contenido de todas las normas que existen, lo que *per se* resulta inverosímil hasta para un profesional del derecho; y en todo caso, no exculpa a las administradoras de fondos de pensiones de cumplir con el pluricitado deber de información.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Colpatria, hoy AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien, se precisa que, en tanto, tal como lo indicó la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL4360 de 2019, el efecto jurídico de la declaratoria de ineficacia, no es otro que descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, ninguna injerencia tiene el límite que frente al traslado de régimen establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 <<modificado por el artículo 2° de la



Ley 797 de 2003>>; de manera que, como el demandante actualmente se encuentra afiliada a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías desde el 1º de junio de 2004, ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluidos los gastos de administración y las primas de seguros previsionales; y así mismo, las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. se encuentran obligadas a devolver las sumas que recibieron por concepto de comisiones y gastos de administración, los valores destinados al pago de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima; tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen.

Ahora, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

De otra parte, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser

derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional como lo plantean algunos de los recurrentes, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, en lo que respecta a la inconformidad planteada frente a la indexación, basta a la Sala indicar que la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado se ajusta al criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL5686 de 2021; sin embargo, se precisará que solo es procedente acceder a ello en relación con los gastos de administración incluidos los descuentos destinados a cubrir las primas de seguros previsionales, en la medida que dichos recursos no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del demandante, viéndose por tanto afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda al no generar algún tipo de rendimiento o rentabilidad mínima.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

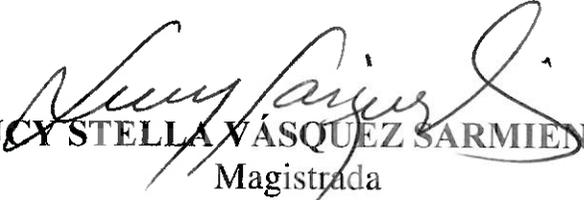
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que en el término de treinta (30)

días hábiles, de cumplimiento a las órdenes que le fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000-2021-01637-01. Proceso Sumario de Rosa Virginia Devia Rodríguez contra Medimás EPS S.A. y Otro (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

Rosa Virginia Devia Rodríguez convocó a Cafesalud EPS para obtener mediante los trámites propios del proceso verbal sumario, el reembolso de las sumas de dinero que debió pagar con recursos propios por concepto de tratamientos médicos por la suma de \$7.906.000. Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Indica el escrito promotor del litigio, que está afiliada a Cafesalud desde hace más de 11 años; que en el mes de junio de 2016 sufrió trombosis en el ojo derecho, sin embargo Cafesalud – Medimás como no contaba con



convenio con otras IPS diferente a Supra especialidades Oftalmológicas del Tolima S.A., le autorizó realizarse los procedimientos con otros prestadores, comprometiéndose al reembolso de dichos pagos, conforme consta en las cuentas de cobro; que le realizaron examen de ultrasonografía diagnóstica de mama en IDIME el 9 de marzo de 2018, control de córnea el 25 de marzo de 2017 y aplicación de Intravitrea el 7 de abril de 2017, así como se practicaron los exámenes de expirometría mas difusión de monóxido de carbono y expirometría simple el 29 de marzo de 2017, que fueron tomados por parte de PULSAR; que se ordenó cirugía de ojo derecho por parte del especialista Dr. Rafael Gonzalo Rodríguez Hernández el 2 de junio de 2017, otorgándose la autorización No. 181035928; que pasó cuenta de cobro por control y seguimiento de medicina especializada de retinología el 3 de agosto de 2017; así mismo, refirió que fue diagnosticada con Fibrosis Pulmonar; que Cafesalud en varias oportunidades generaba órdenes de atención, pese a que no existía convenio con el especialista Dr. Diego Acosta de la Clínica Calambeo en Ibagué, momento en el que le informaron que pagara de su bolsillo y luego reembolsarían el dinero, no obstante, tal situación nunca se efectuó.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 5 de junio de 2019¹. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, las demandadas Cafesalud EPS y Medimás E.P.S. S.A., guardaron silencio.

¹ Cfr. Fls 51/52.



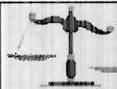
El aquo profirió sentencia el 15 de abril de 2021², a través de la cual accedió al reembolso petitionado en la suma de \$7.356.000 a cargo de Cafesalud EPS y de \$160.000 a cargo de Medimás EPS, como quiera que de conformidad con el informe técnico realizado por parte de la propia accionada, se podía concluir que en efecto las demandadas no contaban con contratos para la prestación de servicios por parte de IPS, así como, por cuanto al no contestarse la demanda, se deberían presumir ciertos los hechos de la demanda, aunado con que se cumplen los presupuestos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Inconforme con la decisión, la demandada Cafesalud EPS interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Afirmó la recurrente que en primer término no es acertada la razón expuesta por la falladora de primer grado, en tanto adujo en la decisión que no se contestó la demanda, pues contrario a ello, mencionó que envió vía correo electrónico respuesta al requerimiento el 26 de junio de 2019, recibiendo respuesta de la misma por parte de la Superintendencia Nacional de Salud. Frente a los recobros señaló que la suma de \$716.000, refirió que se autorizó el pago por monto de SOAT por la suma de \$176.000, sin embargo, adujo que respecto de la suma de \$500.000 no se emitió orden médica, ni autorización por parte de la EPS; frente a los reembolsos por las sumas de \$320.000, \$2.350.000 y \$250.000, refirió que se autorizó pago por los montos de \$42.500, \$2.310.000 y \$250.000 respectivamente, no obstante, señaló que los procedimientos autorizados se proceden a pagar por el monto establecido en el SOAT, sin embargo, la

² Cfr. Fls 64/72.



interesada debería acudir al proceso liquidatorio para que se lleve a cabo el estudio del eventual reconocimiento; y finalmente, frente a las sumas de \$270.000 y de \$4.000.000, las mismas fueron negadas, como quiera que no cumplen con los requisitos de Resolución 5261 de 1994.

Así mismo, planteó como argumento de defensa frente a la decisión proferida, que no tuvo la oportunidad de controvertir el concepto técnico del profesional del derecho que pertenece al grupo interdisciplinario de la Superintendencia Nacional de Salud, que fue tenido en cuenta al momento de adoptar la decisión, pese a que dicho concepto técnico tiene las mismas características de los dictámenes periciales consagrados en los artículos 233 a 242 del C.P.C., peritajes que debieron ser aportadas por las partes y no de oficio como lo efectuó el fallador de primer grado, más aún, cuando el mismo no fue puesto en conocimiento de Cafesalud EPS S.A., con el fin de que pudiera ejercer su derecho de oposición o incluso, remitir un nuevo concepto para ser valorado como otra prueba, vulnerándose el derecho fundamental al debido proceso, ya que se omitió la oportunidad procesal para controvertir el dictamen pericial, que fue el fundamento de la decisión.

Con base en lo anterior, la pasiva solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada, para que en su lugar declare el pago de la suma de \$176.000 o se absuelva de las pretensiones formuladas en su contra.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias



de un juez, lo mismo que la idea según la cual, el recurso de apelación se hará ante el Superior Jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de estos presupuestos legales, abordará el estudio de las diligencias.

De acuerdo con lo anterior, si bien la encartada interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, también lo es, que de forma indirecta, la encartada Cafesalud E.P.S S.A., refirió la existencia de una causal de nulidad ante la imposibilidad de controvertir los medios de prueba.

En ese orden de ideas, se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 132 del C.G.P., que establece como obligación del Juez efectuar un control de legalidad para para corregir o sanear las nulidades e incluso irregularidades que se presenten en el proceso, por lo que se hace necesario traer a estudio el artículo 133 del mismo compendio normativo, que dispone:

“ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

...

5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria. (...).”

Se hace referencia a la anterior causal de nulidad, como quiera que la parte demandada mencionó en su escrito, que la decisión adoptada por la falladora de primer grado tuvo como fundamento el concepto técnico



suscrito por el profesional de medicina Marbel D´ruggiero, integrante del grupo interdisciplinario de la demandada, sin embargo, adujo que no tuvo la oportunidad de controvertir el mismo ni en su contenido, ni con la oportunidad de aportar uno nuevo que demostrara una situación diferente a la planteada en el peritaje efectuado por la falladora.

Frente al concepto técnico al que se hizo referencia, debe advertirse que si bien en el fallo emitido en primera instancia se mencionó un pronunciamiento efectuado por esta misma Corporación en su especialidad laboral de la Doctora María Isabel Arango Secker, en la que dicha ponente mencionó que el concepto técnico no obedece a un dictamen pericial, pues es una función propia de la Superintendencia Nacional de Salud, sin embargo, esta Sala de Decisión no comparte dicha apreciación, pues conforme con el artículo 226 del C.G.P.³, el dictamen pericial es procedente cuando se traten aspectos que requieran conocimientos científicos, técnicos o artísticos, situación que ocurre en el caso bajo estudio, pues en la conclusión de dicho concepto la Dra. Marbel D´ruggiero indicó “...; *dichas tecnologías realizadas están dirigidas para el seguimiento y control de las patologías de base como son: EPOC y Cataratas. (...)*”, manifestación que se origina producto del conocimiento de la misma dada su profesión y conocimiento específico en la materia.

Aunado a lo anterior, el artículo 234 del mismo compendio normativo, permite efectuar peritajes de oficio en las mismas dependencias oficiales respecto de materias que le sean propias, no obstante, la contradicción del mismo se dará en los mismos términos de dicho capítulo, regulando la materia así:

³ “**ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA.** La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. (...)”.



“ARTÍCULO 234. PERITACIONES DE ENTIDADES Y DEPENDENCIAS OFICIALES. *Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas. Con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen.*

La contradicción de tales dictámenes se someterá a las reglas establecidas en este capítulo. (...)”.

Así las cosas, determinado lo anterior, se hace necesario revisar lo concerniente con la contradicción del concepto técnico a la luz de los artículos 230 y 231 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento aboral conforme con el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que establece:

“ARTÍCULO 230. DICTAMEN DECRETADO DE OFICIO. *Cuando el juez lo decreta de oficio, determinará el cuestionario que el perito debe absolver, fijará término para que rinda el dictamen y le señalará provisionalmente los honorarios y gastos que deberán ser consignados a órdenes del juzgado dentro de los tres (3) días siguientes. Si no se hiciera la consignación, el juez podrá ordenar al perito que rinda el dictamen si lo estima indispensable.*

Si el perito no rinde el dictamen en tiempo se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales y se le informará a la entidad de la cual dependa o a cuya vigilancia esté sometido.

Con el dictamen pericial el perito deberá acompañar los soportes de los gastos en que incurrió para la elaboración del dictamen. Las sumas no acreditadas deberá reembolsarlas a órdenes del juzgado.

ARTÍCULO 231. PRÁCTICA Y CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN DECRETADO DE OFICIO. *Rendido el dictamen permanecerá en secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, la cual solo*



podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen.

Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia, salvo lo previsto en el parágrafo del artículo 228.”.

Atendiendo las normas en mención y contrario a lo aducido por la impugnante, el Juez puede decretar de oficio la práctica de una prueba pericial, sin embargo, tal decisión está atada a la posibilidad de controvertir el mismo, para lo cual lo pondrá a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia, la que no puede practicarse si no ha transcurrido un término de 10 días desde la presentación del mismo.

En ese orden de ideas, se evidencia que en efecto la decisión adoptada el 15 de abril de 2021, tuvo en cuenta, como ya se dijo, el concepto técnico rendido por la Doctora Marbel D’ruggiero, integrante del grupo interdisciplinario de la Superintendencia Nacional de Salud, sin embargo, en ningún momento se corrió traslado a las partes de dicho peritaje, para que el mismo pudiese ser controvertido ya sea en cuanto a su contenido o presentando un nuevo dictamen que atacara las conclusiones del practicado de oficio.

Así las cosas, como la práctica del dictamen supone de forma automática la contradicción del mismo y ante la inobservancia de tal situación por parte de la aquo, se deberá declarar la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia proferida el 15 de abril de 2021, para que de forma previa a la promulgación de la decisión de primer grado, se corra traslado del concepto técnico (dictamen pericial), en los términos de ley.

Hasta aquí el estudio del Tribunal.

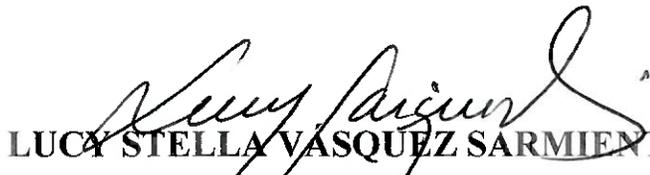


DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la decisión de fecha 15 de abril de 2021, inclusive, a fin de que se rehaga la actuación adelantada y se corra traslado a las partes del concepto técnico rendido por la Doctora Marbel D'uggiero, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** una vez efectuado lo anterior, **CONTINÚESE** con el trámite procesal correspondiente. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO

Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-003-2018-00674-01. Proceso Ordinario de María Fanny García contra la Ugpp (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES:

La señora María Fanny García convocó a la Ugpp, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: se condene al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional a partir del 1° de marzo de 2017, contenida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita ente el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, en cuantía equivalente al



100% del promedio mensual de los factores salariales devengados en los cuatro últimos años en que prestó sus servicios, junto con los intereses moratorios por la falta de pago de las mesadas pensionales consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que laboró al servicio del ISS por un total de 1099 semanas, equivalentes a 21 años, 4 meses y 15 días, por los períodos comprendidos entre el 13 de octubre de 1995 y el 30 de diciembre de 2014, entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de abril de 2015 y entre el 1° de mayo de 2015 y el 28 de febrero de 2017, ostentando la calidad de trabajador oficial; que nació el 25 de enero de 1960, por lo que cumplió 50 años el 25 de enero de 2010; que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL en su artículo 2° estableció la vigencia de la misma, no obstante, dejó a salvo las vigencias que se hubieren impuesto de forma expresa en cada artículo; que la Convención Colectiva de Trabajo en su artículo 98 estableció una vigencia que va más allá del año 2017, ya que en su literal 3° dispuso *“Para quienes se jubilen a partir del primero de Enero de 2017, 100% del promedio mensual de los percibido en los cuatro últimos años”*, de lo que se denota que la vigencia fue expresamente pactada y no en virtud de prórrogas automáticas; que con ocasión de la escisión del ISS, se elevó petición ante la UGPP para el reconocimiento y pago de la pensión convencional el 23 de agosto de 2018, sin embargo, no se dio respuesta alguna a la solicitud elevada.

Frente a estas súplicas, el aquo, luego de señalar que no existía controversia en lo atinente al contrato de trabajo, los extremos del mismo, así como a la edad de la actora, estableció que si bien los beneficios



pensionales contenidos en la Convención Colectiva en efecto se podían prorrogar, no obstante, señaló que la demandante no acreditó haber prestado sus servicios por espacio de 20 años, pues solamente está acreditada la prestación en favor del ISS por el período comprendido entre el 13 de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 2014, sin que se pueda tener en cuenta el tiempo laborado para el PAR ISS, como quiera que no se advierte la continuación de la persona jurídica independiente del ISS, como lo exigía la norma convencional.

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la decisión proferida y en su lugar, se accedan a las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que si bien no está en discusión, se demostró que la demandante cumple con los requisitos de edad, así como con el tiempo para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, al igual, que la calidad de trabajador oficial, pues en la etapa procesal pertinente y en los alegatos de conclusión se petitionó la aplicación integral de la convención colectiva, en razón de que al aplicarse de esta forma se puede evidenciar que la norma en su artículo 101 permite la sumatoria o acumulación de tiempos, de acuerdo con los tiempos de servicios prestados, norma que avala dicho cómputo, que establece una tasa de reemplazo del 75% y su liquidación se realizaría con todos los factores de retribución en el último año de servicios, por lo la Convención permite el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, efectuando la sumatoria de los tiempos, más aún, cuando la demandante queda en un grado de desprotección de la Convención Colectiva de la cual fue suscribiente por pertenecer al sindicato de trabajadores.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta, que no fue objeto de discusión, la existencia del vínculo laboral, la edad, ni la aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo; la Sala entrará a analizar, si los beneficios convencionales de jubilación se encuentran vigentes con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, o si por el contrario los mismos fueron retirados del ordenamiento por disposición legal, para de forma posterior, establecer si la demandante cumple con los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional reclamada.

La Sala debe partir que lo que se reclama es una pensión de jubilación convencional, y que el Acto Legislativo 01 de 2005, por mandato superior introdujo modificaciones al tema pensional, previendo que a partir de su promulgación los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serían los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, prohibiendo que se dicten disposiciones o invocar acuerdo que se aparten de ésta, como aparece consagrado en el inciso 5° del artículo 1°.

Los derechos pensionales extralegales, quedaron regulados en el parágrafo 2° del artículo 1°, previendo que, a partir de su vigencia que lo fue el 25 de julio de 2005, no podía establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, y para el caso de las que venían rigiendo antes de su vigencia, delimitó su aplicación



hasta el 31 de julio de 2010, fecha a partir de la cual opera su derogatoria, como consagra su párrafo transitorio 3° al señalar que las reglas de carácter pensional contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados que regían a la fecha de su vigencia, se mantendrían por el término inicialmente estipulado, y que los que se suscribieran entre su vigencia y el 31 de julio de 2010, no podían estipular condiciones pensionales más favorables que las actualmente vigentes, pero en todo caso los beneficios extralegales previstos o consagrados antes de su entrada en vigencia perderían su aplicación en esa fecha.

Frente a lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha tenido oportunidad de pronunciarse, como en sentencia con radicado No. 49768 del 9 de agosto de 2017, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que indicó:

“Nótese que, a juicio de esta Corporación, del precepto constitucional objeto de análisis se desprende una primera regla, consistente en que la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes en una convención colectiva de trabajo, de manera que «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”». Esto, desde luego, se refiere a aquellos acuerdos colectivos o reglas pensionales que sean negociadas por primera vez antes de la vigencia del Acto Radicación n.º 49768 14 Legislativo 01 de 2005 y cuya fecha de finalización sea ulterior a esta reforma constitucional.

La segunda y tercera hipótesis, básicamente expresan un mismo razonamiento, en el sentido que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite a la pervivencia de los beneficios pensionales extralegales. A modo de ejemplo, si el vencimiento de un acuerdo colectivo ocurrió en diciembre de 2004 y por fuerza de la renovación legal aludida se ha extendido en múltiples ocasiones de 6 en 6 meses, las



prestaciones pensionales allí previstas subsistirán hasta tanto sean eliminados por voluntad de las partes y como máximo hasta el 31 de julio de 2010.

La distinción entre ambos escenarios, a primera vista, parecería arbitraria, empero no lo es. En la primera situación, el constituyente delegado tuvo de presente la necesidad de respetar y darle plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de su derecho de negociación colectiva, que les permite pactar libremente el tiempo de vigencia de los beneficios convencionales, sin que ello pueda ser abolido unilateralmente por una disposición jurídica. Se evitó así, la restricción e imposición heterónoma a lo que autónomamente habían negociado las partes y sobre lo cual Radicación n.º 49768 15 recaían sus expectativas legítimas de que lo acordado iba a tener cierta estabilidad laboral.

Con esta fórmula podrían darse eventos en los que las reglas pensionales no solo se extiendan más allá del año 2005 sino, incluso, del 31 de julio de 2010, tal como sería el caso de una convención colectiva suscrita por primera vez en el año 2004, con una vigencia de 10, 12 o 14 años.”.

De acuerdo con lo anterior, para que una norma convencional de carácter pensional se pueda extender más allá del 31 de julio de 2010, es necesario que así las partes lo hayan dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo, por cuanto de lo contrario, solo estaría sujeta a la vigencia normal del Acuerdo Convencional.

En ese orden de ideas, se advierte que la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL estableció en el artículo 2º la vigencia de la misma, disponiendo “*tendrá una vigencia de tres años contados a partir del 1º de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente.*”, por lo que en principio el acuerdo suscrito entre la entidad extinta ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social tendría vigencia hasta el 31 de octubre de 2004.



No obstante, se hace necesario remitirnos a lo dispuesto en el artículo 98 del Acuerdo Convencional, el que dispone:

“ARTÍCULO 98. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

...

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.

(iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio. (...).”

De acuerdo con lo anterior, de la norma establecida en la Convención Colectiva de Trabajo se puede inferir con certeza, que si bien se pactó una vigencia de tres años, también se dejó abierta la posibilidad de fijar una vigencia diferente dentro de los artículos suscritos entre las partes, tal como se infiere del mencionado artículo 98, del cual no solo se puede extraer que el mismo iría hasta el 2016, sino que además, se extiende hasta el año 2017, por cuanto en el numeral 3° se habilita dicha posibilidad.

Así las cosas, se advierte que en efecto es procedente el estudio del derecho pensional convencional, por lo que se advierte que tal como se indicó con anterioridad, el derecho establece como requisitos prestar sus servicios por espacio de 20 años al servicio del ISS y contar para el caso de las mujeres con 50 años de edad.



En ese orden de ideas, se advierte que si bien la señora María Fanny García acredita el requisito de la edad, pues nació el 25 de enero de 1960, cumpliendo la edad de 50 años el mismo día y mes del año 2010, también lo es, que no ocurre lo mismo frete al tiempo de servicios, pues la actora de conformidad con el certificado de información laboral que reposa a folio 20 del plenario, así como con la certificación expedida por el jefe del Departamento nacional de Compensaciones y Beneficios del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación¹, establecieron que la actora prestó sus servicios como trabajadora oficial por el período comprendido entre el 13 de octubre de 1995 y el 31 de diciembre de 2014, esto es, por espacio de 19 años, 2 meses y 19 días, y en todo caso, de mantenerse el vínculo conforme se extrae de la historia laboral que fue aportada al plenario, se podría mantener la vinculación hasta el 30 de abril de 2015, reflejándose un total de 19 años, 6 meses y 18 días, los que son insuficientes para el reconocimiento de la prestación pretendida.

Ahora bien, se solicita por parte del extremo activo, tener en cuenta el tiempo laborado al servicio del PAR ISS, sin embargo, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL 981 del 20 de febrero de 2019, en la que se indicó por la Corporación:

“Tampoco puede afirmarse que el patrimonio autónomo de remanentes constituido por el ISS en el marco de un contrato de fiducia mercantil sea una continuación de su persona jurídica, dado que esos bienes, aunque pueden comparecer al proceso por conducto de la sociedad fiduciaria, no son una entidad con personalidad jurídica o una derivación del ISS, sino un conjunto de bienes afectos a la finalidad específica indicada en el acto de constitución. Mucho menos podría asegurarse que la sociedad fiduciaria contratante es un sucesor de las actividades del ISS, dado que su rol simplemente es el de actuar como administrador y vocero de los bienes fideicomitidos (num. 4 art. 1234

¹ Cfr. Fl. 23.



CCo), al punto que estos no hacen parte de sus activos y de sus otros negocios fiduciarios (art. 1233 CCo). (...)”.

Así las cosas, no se puede entender que el período laborado por parte de la demandante a favor del PAR ISS comprendido entre el 1° de mayo de 2015 y el 28 de febrero de 2017, pueda computarse como propio al Instituto de Seguros Sociales, en el entendido que no es la continuación de la persona jurídica, ni la sucesora de las actividades del ISS, por lo que tal interregno no puede tenerse en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, más aún, cuando no existe certeza respecto de la forma de vinculación pactada con la demandante, así como, que la misma hubiese ostentado la calidad de trabajadora oficial, requisitos indispensables para la prestación reclamada.

Ahora bien, debe advertirse que si bien el apoderado de la parte actora reclama se reconozca la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 101 de dicho Acuerdo Convencional, que permite el cómputo de tiempos servidos para entidades de derecho público, también lo es, que tal pretensión no encuentra asidero alguno en los acápites de la demanda, pues en la misma solamente se reclamó el derecho convencional establecido en el artículo 98, siendo dicha norma respecto de la cual se pronunció la demandada y no fue sino hasta los alegatos de conclusión y el recurso de apelación, que se petitionó una aplicación extensiva de la Convención Colectiva de Trabajo (Artículo 101), situación que no fue discutida, ni controvertida al interior del proceso, así como, tampoco se discutió de fondo la calidad de trabajador oficial que pudo ostentar la señora María Fanny García mientras prestó sus servicios al PAR ISS, al igual, que tampoco lo concerniente con la naturaleza jurídica de dicho Patrimonio Autónomo de Remanentes, para poder establecer si en efecto nos encontramos frente a una entidad de derecho público, que permita tal

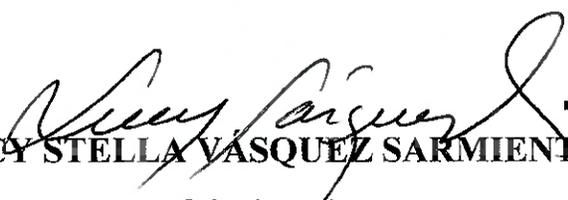


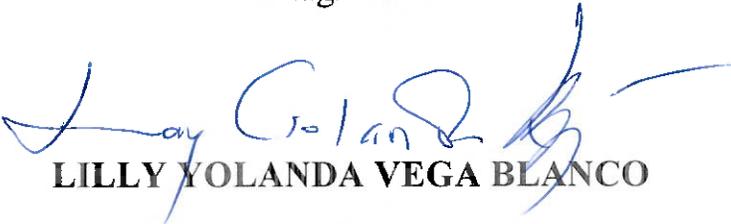
computo o incluso, si la norma ya referida, se encuentra o no afectada por la prohibición contenida en el A.L. 01 de 2005, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo de la demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la actora y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 006 2019 00796 01 Proceso Ordinario de Emperatriz Rodríguez Garzón contra UGPP (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir la siguiente, **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicita la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral previa declaración que se vinculó con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante un contrato de trabajo a término indefinido el 1° de abril de 1976 el cual decidieron resolver libre y voluntariamente a partir del 15 de noviembre de 1991, en audiencia de conciliación celebrada el 5 de noviembre de la misma anualidad; se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la pensión legal proporcional a partir del 18 de junio de 2017, incluyendo las mesadas adicionales de junio y



diciembre, sobre un salario de \$161.400,00 debidamente actualizado al momento de su reconocimiento.

Como soporte de las anteriores pretensiones expuso, en síntesis, que se vinculó con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero mediante contrato escrito de trabajo de duración indefinida desde el 1° de abril de 1976.

Refirió que de mutuo acuerdo con su empleador resolvieron dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991 en audiencia especial de conciliación que se llevó a cabo el 5 de noviembre de 1991 ante un Inspector del Trabajo.

Afirmó que el último cargo que desempeñó fue el de Auxiliar de Aseo y cafetería, Grado 01, en la oficina de Guasca Cundinamarca, que su último salario mensual ascendió a la suma de \$161.480,00 y que nació el 18 de junio de 1957.

La entidad accionada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones al no asistirle derecho al demandante y adujo al efecto no constarle los hechos en que se soportan las pretensiones. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, “*PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES. IMPOSIBILIDAD DE TENER DERECHO A DOS PENSIONES DE VEJEZ. INCOMPATIBILIDAD PENSIONAL*” y buena fe.

Frente a dichas súplicas, la juez de primer grado condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a partir del 18 de junio de 2017 en cuantía inicial de \$804.999,00, precisó que la prestación es compartible con la pensión de vejez a cargo de Colpensiones y que en virtud a ello la demandada debía asumir el mayor valor entre una y otra prestación.



Inconforme con la decisión, la apoderada de la demandada interpuso recurso de apelación, el cual concedido en el efecto suspensivo.

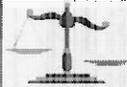
FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la decisión de primer grado, aduce al efecto que el Acto Legislativo 01 de 2005 estableció una definición clara de que es un derecho adquirido de la pensión, que para el presente caso es la edad, el tiempo de servicio o cotizaciones y el despido sin justa causa; de manera que la edad es un requisito de causación y no de exigibilidad como se indicó en la sentencia de primer grado; de manera que como para el 1º de abril de 1994 la demandante no había cumplido a edad, no le es aplicable el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues tal disposición fue derogada por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Agregó que en el escrito de demanda se señala que el contrato de trabajo se dio por terminado mediante conciliación judicial razón por la que no se puede considerar la existencia de un retiro voluntario como se indicó en la sentencia.

De otra parte, sostuvo que tampoco es procedente el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación en tanto que Colpensiones reconoció a favor de la demandante pensión de vejez teniendo en cuenta para el efecto los tiempos laborados a la Caja Agraria. y que una y otra prestación están destinadas a cubrir el mismo riesgo.

Solicitó que en caso de que se confirme la decisión de primer grado se autoricen los descuentos al sistema de seguridad social en salud y se absuelva a su representada del pago de las costas del proceso en tanto que no ha actuado de mala fe.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

En virtud de los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la entidad demandada, corresponde a la Sala determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la denominada pensión restringida de jubilación que establece el artículo 8° de la Ley 171 de 1961.

Con tal propósito corresponde señalar que, de acuerdo con la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas¹, dimana con meridiana claridad que la demandante prestó servicios personales a favor de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero entre el 1° de abril de 1976 y el 15 de noviembre de 1991. Se encuentra acreditado igualmente con la documental allegada al proceso que el referido vínculo laboral finalizó de mutuo acuerdo al que se llegó en audiencia de conciliación celebrada ante Inspector de Trabajo y que la demandante nació el 18 de junio de 1957.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al asunto debemos recordar que de tiempo atrás, la jurisprudencia laboral ha enseñado que tanto en el sector privado como en el oficial se han denominado de manera genérica pensiones restringidas de jubilación aquellas que se causan con un tiempo de servicios inferior al requerido para la denominada pensión plena de jubilación que se consolida con la edad y tiempo de servicios, de manera que el monto de aquellas es proporcionalmente inferior al de la

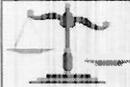
¹ Cfr II 21 expediente físico



plena. Es así como entre las pensiones restringidas se incluyen las pensiones causadas por despido sin justa causa, también denominada pensión sanción, y la pensión por retiro voluntario con 15 años de servicios.

Las normas que consagran este derecho están previstas en los artículos 8° de la Ley 171 de 1961 y 74, numeral 2, del Decreto 1848 de 1969, fundadas en el despido sin justa causa del trabajador. Así, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 previó originalmente la pensión sanción para los trabajadores particulares y oficiales vinculados por contrato de trabajo que fueran despedidos sin justa causa, determinando que cuando la desvinculación se produjera después de 10 años de servicios y menos de 15 la pensión se pagaría a los 60 años de edad y cuando ese hecho ocurría después de 15 años de servicios se debería comenzar a pagar a los 50 años de edad; o a los 60 si se retira voluntariamente; posteriormente el artículo 74, numeral 2, previó en términos semejantes la misma pensión pero sólo para trabajadores oficiales.

Teniendo en cuenta las normas citadas en precedencia, en tanto la demandante laboró por espacio de 15 años, 7 meses y 14 días, y su retiro provino de acuerdo entre las partes, en la Audiencia Especial de Conciliación celebrada el 5 de noviembre de 1991, dimana con claridad que se causó el derecho a obtener la pretendida prestación, pues el cumplimiento de la edad es tan solo una condición para el disfrute del derecho no así para lograr el estatus pensional, ya que el mismo, se configura, para el caso, con el cumplimiento de dos requisitos: el tiempo de servicios y el retiro voluntario del servicio, criterio que se acompasa con el expuesto por la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia SL971 del 27 de febrero de 2019, de allí que resulte a todas luces inadmisibile el planteamiento expuesto por la apoderada de la entidad demandada.



Es de aclarar que a pesar de que el retiro de la demandante se produjo de mutuo acuerdo, en audiencia especial de conciliación, ello de manera alguna impide el reconocimiento de la prestación, pues aun en dicho evento medió la voluntad de retiro libre de coerción del trabajador; de esta forma lo reconoció la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia del 6 septiembre de 2011, radicado 45545, al expresar:

“...esta Corporación ha adoctrinado, que para efectos del derecho a la pensión restringida por retiro voluntario consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, el mutuo acuerdo plasmado en una conciliación con el cual se da por terminado el contrato de trabajo, como en esta ocasión acontece, puede entenderse como un retiro voluntario, en cuanto hay un acto de voluntad del trabajador tendiente a finalizar el vínculo jurídico.”

Ahora, a pesar de que también se encuentra acreditado dentro del plenario que Colpensiones mediante la Resolución SUB273670 del 19 de octubre de 2018 reconoció a favor de la demandante pensión de vejez a partir del 1° julio de 2012 en cuantía inicial de \$566.700,00; ello en modo alguno impide el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación aquí reclamada, pues contrario a lo planteado por la recurrente esta prestación *“...no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez”², “...sino para garantizar la estabilidad del trabajador o para reprimir al empleador que despedía a sus colaboradores después de muchos años de servicio, con cuyo proceder se enervaba el nacimiento pleno de sus derechos pensionales”³.*

En este mismo sentido es del caso tener en cuenta que el propio artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 previó fue la compatibilidad entre las pensiones previstas en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y las pensiones de vejez a cargo del entonces Instituto de Seguros Sociales.

² Sentencia SL5268 de 2021.

³ Sentencia SL4374 de 2020



En las condiciones analizadas, no merece a la Sala reproche alguna la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado relativa al reconocimiento de la pensión restringida de jubilación solicitada.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, ciertamente la disposición legal que regula este punto, es el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que indica: *“la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”*.

Sobre ello, la máxima Corporación de Justicia Laboral, en la sentencia No. 60193 del 21 de mayo del 2014, indicó que no se podía acudir a la Ley 33 de 1985 ni a la Ley 62 de 1985, que modificó el artículo 3° de la primera, para hallar el IBL de la pensión restringida, dado que dichas normas se ocupan de otro tipo de prestación; y que de acudirse a dichas reglas se desconocería el principio de inescindibilidad de la norma consagrado en el artículo 21 del C.S.T, que impone que la aplicación de una regla de derecho se haga de manera íntegra.

Sin embargo; la misma Corporación, en sentencias con radicados 62723 del 23 de septiembre de 2015, 61023 del 27 de enero de 2016 y SL123-2020, ha dispuesto claramente la liquidación de la pensión que regula el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 con los factores que define el artículo 1° de la Ley 62 de 1985⁴, en la medida que esa es la base que determina la Ley para las pensiones de los trabajadores oficiales, mientras que la alusión al artículo 260 del CST, es propio de los servidores particulares, que no es el caso de la

⁴ *“...asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.”*



aquí demandante; de suerte que para dicha liquidación se debe acudir entonces al promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, con lo cual se descarta otros factores.

Al trasladar las anteriores premisas al caso objeto de estudio advierte la Sala que tampoco merece reproche alguno la suma que tuvo en cuenta como salario promedio, pues el mismo se ajusta a los factores establecidos en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que percibió la demandante de acuerdo con la certificación visible a folio 21; sin embargo, se advierte que erró al actualizar dicha suma pues tuvo en cuenta como IPC inicial un 7,69% cuando el IPC para diciembre de 1990 era de 7,65%, lo que en consecuencia arroja un salario actualizado para el años 2017 de \$1'381.375,00.

En lo que respecta a la tasa de remplazo al realizar las operaciones aritméticas de rigor, sobre un total de 5.622 días <<descontando los días de interrupción>> se advierte que la demandante tiene derecho a que la prestación le sea reconocida en proporción del 58,56%; por lo tanto, al aplicar esta tasa de remplazo a la base salarial sobre la que se debe reconocer el derecho pensional, la **primera mesada pensional actualizada, asciende la suma de \$808.933,00**, monto que resulta superior al reconocido por la servidora judicial de primera instancia; sin embargo, al no ser objeto de discusión este aspecto por la parte demandante y que el grado jurisdiccional de consulta se surte en favor de la demandada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 87 del C.P.T. y S.S., se confirmará la determinación que sobre el particular acogió la *aquo*.

Es del caso precisar que, en tanto que como se analizó el derecho pensional se causó en el año 1991 cuando la demandante se retiró del servicio, esto es, antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, resulta procedente su reconocimiento en 14 mesadas al año, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.



No merece a la Sala ningún reproche la determinación que se adoptó en relación con la procedencia de la indexación de las sumas adeudadas, dado que de acuerdo con la fecha en que se hizo exigible el derecho pensional es evidente la pérdida del poder adquisitivo de las sumas adeudadas.

En lo que respecta a la prosperidad de la excepción de prescripción, es del caso tener en cuenta que atendiendo lo normado en el artículo 151 del C.P.T. y S.S., en el entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno; no obstante, con el simple reclamo escrito se interrumpirá la prescripción por un lapso igual; reclamación que de un análisis conjunto de lo normado en el precepto en cita con el artículo 6° de la misma obra no solo se suspende el término prescriptivo sino que además lo interrumpe.

Por lo tanto, dado que el derecho pensional de la demandante se hizo exigible el 18 de junio de 2017, y la demanda se presentó el 10 de octubre de 2019, no hay lugar a declarar probado el medio exceptivo propuesto.

Ahora; a pesar de que los descuentos correspondientes se encuentran previstos en la ley y en razón a ello no se requiere de orden judicial para que se efectúen, se autorizará a la demandada que los efectúe y consigné a la entidad de salud a la que se encuentre afiliada la demandante, en consonancia con lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5268 de 2021.

En lo que respecta a la condena en costas, corresponde indicar que su imposición obedece a un criterio netamente objetivo y que se circunscribe al hecho real y cierto de si la parte resultó vencida o no en el juicio pertinente, sin ningún otro tipo de consideraciones. Tal es la intelección que se debe dar



al artículo 365 del Código General del Proceso, conforme con el criterio que sentó sobre el particular la propia Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013; de manera que no resulta procedente la condena impuesta en contra de la demandada por este concepto en tanto se advierte que la decisión de primer grado le fue adversa.

Hasta aquí el análisis de la Sala. No hay lugar a imposición de condena en costas en esta instancia en tanto la decisión de primera instancia se conoció en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la referencia a efectos de **ORDENAR** a la demandada que efectúe los descuentos con destino a la entidad de seguridad social en salud a la que se encuentre afiliada la demandante

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

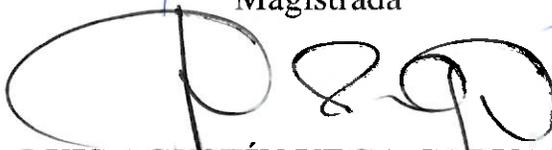
TERCERO.- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

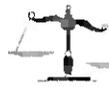
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 0078 2018 00574 01. Proceso Ordinario Jorge Alberto Escobar Salazar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir la siguiente, **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión del Fondo de Pensiones Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. del deber profesional de información; se ordene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su traslado sin descontar ningún valor por concepto de mesadas pensionales pagadas, gastos de administración o cualquier otro concepto, asumiendo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación; se ordene



su traslado y afiliación a Colpensiones en el régimen de prima media con prestación definida, y se condene a dicha entidad al reconocimiento de la pensión de vejez descontando las mesadas pensionales que ya hubiere recibido, junto con los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 5 de febrero de 1987 y que debido a la publicidad y gestión de realizada por los fondos de pensiones se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a partir del 1° de junio de 1994.

Afirmó que al momento de su traslado el promotor de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en dicho régimen, versus las consecuencias de abandonar el régimen al que se encontraba afiliado.

Agregó en el mismo sentido que tampoco se le entregaron las proyecciones ni comparativos del que sería el valor de su pensión en el régimen de prima con prestación definida y en el RAIS; y que no le informó la edad hasta la que y sobre que salario debía cotizar para obtener una pensión por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS; ni que de tener cónyuge e hijos menores de edad el monto de su prestación sería inferior que en el régimen en el que se encontraba.

Expuso que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. reconoció en su favor pensión de vejez en cuantía equivalente



a \$760.245,00, pero que de no haberse traslado de régimen el monto de esta prestación en el régimen de prima media con prestación definida sería de \$1'946.141,00

Refirió que nació el 15 de agosto de 1954 y que acumula un total de 1.448 semanas o tiempo cotizado al ISS, por lo que con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media.

Finalmente señaló que solicitó a las demandadas la anulación de su traslado, a lo cual Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. dio respuesta negativa, y Colpensiones no efectuó pronunciamiento alguno.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en su defensa que no se aportó prueba de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó 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 configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni de indemnización moratoria y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.² indicó que el traslado del demandante es un acto válido en la medida que suscribió solicitud de vinculación como traslado de régimen de forma libre, voluntaria y espontánea, y que de esa forma además aceptó haber

¹ Cfr fls 256 a 286 archivo "1. ORD - 2018-574..."

² Cfr fls 304 a 326 ibídem



recibido una asesoría idónea. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, saneamiento por ratificación, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, buena fe y compensación.

Mediante providencia del 7 de mayo de 2019³ el servidor judicial de primer grado, dispuso la vinculación en condición de litisconsortes necesarios de Seguros de Vida Alfa S.A. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁴ sostuvo que no es el competente para a las pretensiones solicitadas por el demandante. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe.

Por su parte Seguros de Vida Alfa S.A.⁵ adujo que la demanda carece de fundamentos de hecho y de derecho, y que procedió a reconocer a favor del demandante pensión de vejez sin tener alguna injerencia en el traslado de régimen pensional. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa e inexistencia de la obligación demandada, inexistencia del perjuicio alegado, buena fe y prescripción.

El servidor judicial de primer grado, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que la condición de pensionada del demandante tornaba improcedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación, determinación que apoyó en criterios sentados por los Tribunales de Bogotá y Medellín.

³ Cfr fl 362 ibídem

⁴ Cfr fls 378 a 416 ibídem

⁵ Cfr fls 446 a 453 ibídem.



Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la decisión de primer grado y que en su lugar se acceda favorablemente a las pretensiones de la demanda; para lo cual solicita se tengan en cuenta los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, y luego de efectuar un recuento acerca de los supuestos fácticos de la acción, aduce en esencia que no existe prueba de que al demandante se le hubiere dado una información veraz, completa, adecuada, suficiente y cierta acerca de las prestaciones económicas que tendría en el RAIS y las implicaciones de su traslado, razón por la el referido traslado es nulo e ineficaz.

Sostuvo igualmente que el otorgamiento de la pensión al demandante no convalida la afiliación, ni cambia la circunstancia de la falta de información, al ser una consecuencia obvia de la afiliación a dicho régimen, sin que se le pueda castigar por ello. Razón por la que a su juicio el hecho de que su mandate se encuentre afiliado es irrelevante.

Concluye en tal sentido que su mandate tiene derecho a que se proteja su derecho pensional y el derecho a la seguridad social que es imprescriptible y de carácter fundamental, recuperando su pensión en el régimen de prima media con prestación definida ante las consecuencias negativas por falta de información y engaño en el que se le mantuvo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes,



CONSIDERACIONES

En virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y S.S., le corresponde a la Sala determinar en primer término, si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como la nulidad de la pensión reconocida en su favor; ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, así como del reconocimiento de la pensión de vejez por parte de esta última entidad.

Al respecto es del caso tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado con la documental aportada al expediente, que la demandante nació el 15 de agosto de 1954, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en el año 1987 en donde permaneció hasta el año 1994 cuando se trasladó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; y que en virtud de contrato de renta vitalicia le fue reconocida pensión de vejez a partir del 27 de octubre de 2016; para lo cual se emitió bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al asunto, por razones de carácter metodológico se abordará en primer término el análisis relativo a la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual a pesar de que a la fecha ostenta la condición de pensionado en dicho régimen pensional.

Con tal propósito corresponde a la Sala remitirse en extenso al criterio sentando por la máxima Corporación de Justicia laboral en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, en la que sobre el particular se expresó:



"Es un hecho acreditado que [...] disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

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

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública. Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede



contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

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

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

Del criterio jurisprudencial en cita, que por demás ha sido reiterado por la alta Corporación en las sentencias SL3535 del 4 de agosto de 2021, SL2929 del 18 de mayo de 2022 y de forma más reciente en sentencia SL1085 de 2023, y que acoge la Sala de Decisión no solo por la autoridad de la Corporación que emana, sino por que comparte el análisis y conclusiones a las que arribó; dimana con meridiana claridad que el estatus de pensionado constituye una situación consolidada que no es razonable revertir dada la afectación que tal determinación implica, pues además de revertir el acto del traslado, tal determinación apareja la afectación de un gran número de relaciones jurídicas e intereses económicos que se generan a partir del reconocimiento del derecho pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de acuerdo con el diseño legal que éste tiene, y que a la postre

adicionalmente imprimen un efecto desfavorable sobre el sistema público de pensiones.

En el asunto, como se advirtió en forma precedente el demandante ostenta la condición de pensionada desde el año 2016, y para la financiación de dicha prestación no solo se constituyó un contrato de renta vitalicia con Seguros de Vida Alfa S.A., sino que además se redimió por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el bono pensional que existía en su favor, tal como se acredita con los documentos anexos.

Bajo tal perspectiva, ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, pues como se advirtió, es la condición de pensionado del demandante la que impide declarar la ineficacia de su afiliación y en razón a ello, el criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral es aplicable en el caso objeto de estudio.

Debe advertirse en este punto que, si bien la máxima Corporación de Justicia Laboral ha reiterado que en estos eventos el pensionado tiene derecho a reclamar la indemnización total de perjuicios, y que en este caso se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales; también lo es que no este aspecto no fue discutido.

Las razones expuestas, considera la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, pues al margen que al momento del traslado se hubiere incumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones; la condición de pensionado que ostenta el demandante impide declarar la ineficacia de su traslado y retrotraer la integridad de relaciones que se suscitaron al momento de su traslado al RAIS.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

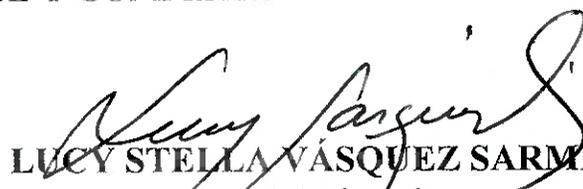
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2019 00386 01. Proceso Ordinario
Jairo Galeano contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la AFP Porvenir S.A. incumplió con su deber legal de información y, que como consecuencia de ello es nula e ineficaz su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro



individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 10 de abril de 1956 y que inició sus aportes al régimen de prima media con prestación definida a partir del 11 de febrero de 1974, en donde cotizó 890,14 semanas.

Afirmó que se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 23 de diciembre de 1998 en virtud de la asesoría brindada por uno de los promotores de dicha administradora, quien le informó que el ISS se encontraba pasando por problemas económicos por lo que era posible su liquidación y pondría en riesgo sus aportes.

Señaló que la AFP Porvenir S.A. no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen pensional; ni le informó la posibilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, ni la posibilidad que tenía de retornar al régimen de prima media con prestación definida antes de los 52 años, entre otros aspectos que debió haberle puesto en su conocimiento.

Refirió que en el mes de octubre de 2018 la AFP Porvenir le informó que el monto de su pensión sería de \$1'161.500,00 al cumplimiento de los 62 años de edad; mientras que, de acuerdo con la proyección realizada por Yabar Liquidaciones, el monto de la prestación en Colpensiones equivaldría a \$3'836.221,00.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo al efecto que no obra prueba dentro del proceso en la que se advierte que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento y que se advierte por el contrario que la documental aporratada se ajusta a derecho y que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria. Propuso en defensa 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 causal alegada, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.² por su parte sostuvo que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños y precisó que posteriormente se trasladó dentro del mismo régimen de ahorro individual en los años 2001 y 2006. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

La juez de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 23 de febrero de 1998 con la AFP Porvenir S.A.A y le ordenó ésta el traslado a Colpensiones de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante junto con los rendimientos generados, incluyendo los gastos de administración y comisiones que se hubieren descontado debidamente indexados; y ordenó a Colpensiones recibir a la accionante si solución de continuidad como afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

¹ Cfr fls 118 a 152 archivo "01Expediente..."

² Cfr fls 172 a 198 ididem.

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Solicita la apoderada de Colpensiones, se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada, al considerar en esencia que no se debe declarar la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual, pues su afiliación fue producto de un acto válido que produjo efectos jurídicos, que no se acredita que se le hubiere hecho incurrir en error o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento y que no cuenta con la posibilidad de retornar al régimen de prima media.

Señaló en el mismo sentido que la afiliación del demandante se efectuó en el ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen pensional previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y que era deber de éste informarse de los productos que adquirió tal como lo prevé el Decreto 2241 de 2010, poniendo de excusa el desconocimiento de la ley.

Refiere que la decisión de declarar la ineficacia del traslado trasgrede el principio de sostenibilidad financiera; y que de confirmarse tal decisión debe ordenarse el reintegro de la totalidad de las cotizaciones incluyendo las cuotas abonadas al fondo de pensión de garantía mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración, según lo dispuesto en sentencias dentro del radicado 31.989 del 8 de septiembre de 2008 y SL 17595 de 2017, entre otras.



Por su parte la apoderada de la AFP Porvenir S.A. aduce en primer término que sí brindó al demandante al momento de su traslado una información clara, completa y comprensible del marco normativo vigente y que en razón a ello lo hizo de forma verbal, que por ese motivo no le es posible acreditar la información brindada, con mayor razón cuando se efectuó hace más de 20 años y que bajo tal perspectiva no se le puede restar valor probatorio al formulario de afiliación.

En el mismo sentido señala que el demandante al absolver interrogatorio de parte efectivamente reconoció que recibió una asesoría grupal, en el que le informaron algunas características propias del régimen de ahorro individual y que las demás características en todo caso se encontraban inmersas en la ley.

Sostiene que la aplicación de la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley supone un dolo que no fue alegado y probado dentro del proceso; y que en todo caso el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De otra parte, afirma que no resulta procedente la condena por gastos de administración en tanto en el régimen de prima medida también se genera un descuento a financiar gastos de administración y las pensiones de invalidez y sobrevivencia, y que los mismos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello se encuentran sujetos a la prescripción.

Agrega en el mismo sentido que la Superintendencia Financiera en concepto del año 2000, indicó de manera expresa cuales eran los dineros que se debían retornar cuando existen causas de nulidad e ineficacia, sin que se haga referencia a unos gastos de administración o una prima de seguro previsional.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado del demandante, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que

³ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, contrario a lo que plantea la apoderada de la AFP Porvenir S.A., para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida; de manera que no es de recibo el argumento que expone la recurrente.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en el caso objeto de estudio Porvenir S.A. en su momento debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen;

sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que como lo reconoce la apoderada de la AFP Porvenir S.A., surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Conviene precisar que la obligación a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones en relación con el deber de información, no se ve desdibujada, con los deberes del consumidor financiero, en tanto que el propio artículo 4° del Decreto 2241 de 2010 prevé que “...*toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla.*” y en todo caso el conjunto normativo a que hacen alusión la apoderada de Colpensiones es posterior a la fecha de afiliación del accionante.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación que acogió por la servidora judicial de primer grado;

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,



a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien, se precisa que, en tanto, tal como lo indicó la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL4360 de 2019, el efecto jurídico de la declaratoria de ineficacia, no es otro que descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, ninguna injerencia tiene el límite que frente al traslado de régimen establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 <<modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003>>; de manera que, como el demandante continúa afiliado a la referida administradora de fondo de pensiones y cesantías, ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluidos los gastos de administración y las primas de seguros previsionales tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado, quien sin embargo, no hizo mención alguna a la devolución correspondiente a las sumas destinadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, motivo por el que se adicionará en dicho sentido.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen.



Ahora, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

En punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que alude la apoderada de Colpensiones, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los casos de ineficacia además de ordenarse el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva <<SL-2059 de 2022>>.

De otra parte, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. la devolución corresponde de las sumas descontadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes que le fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

 Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2019 00386 01. Proceso Ordinario Jairo Galeano
contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *del voto particular*



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2020 00327 01. Proceso Ordinario
Álvaro León Chávez contra Colpensiones y Otras (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A., por vicios en el consentimiento; se condene a estas administradoras a ordenar su retorno al régimen de prima media con prestación definida, a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, y a reintegrar los cobros y gastos administrativos descontados por aportes pensionales; y se condene a Colpensiones a aceptar



su retorno al régimen de prima media con prestación definida, recibiendo el traslado de los aportes, los rendimientos financieros y la devolución de los cobros de administración, y a efectuar el reconocimiento pensional a partir del cumplimiento de los requisitos mínimos debidamente indexado hasta el momento de su pago.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que cumplió los 62 años de edad el 28 de julio de 2019, data para la cual acumulaba más de 1.300 semanas de cotización.

Refirió que se afilió al régimen de prima media con prestación definida en el mes de octubre de 1995 mediante la afiliación al Instituto de los Seguros Sociales y que posteriormente se trasladó al RAIS ante el desconocimiento en la materia, debido a la falta de información por parte de los asesores de las AFPs Porvenir S.A. y Protección S.A.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo que no obra prueba de que al demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de errónea 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, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que el traslado del demandante se perfeccionó con la AFP Protección S.A., siendo invalidada la afiliación que en su oportunidad efectuó el

¹ Cfr archivo "15Contestación Demanda Colpensiones".

demandante con el fondo por ella administrado en virtud del conflicto de multivinculación. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.² sostiene que el acto de traslado del demandante existe es válido, se encuentra exento de vicios del consentimiento y que se solemnizó con la suscripción del formulario de afiliación de forma libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el juez *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante con la AFP Protección S.A. y con la AFP Porvenir S.A.; condenó a la primera a trasladar de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo los rendimientos incluyendo el valor de los rendimientos generados hasta que se haga efectivo el traslado a Colpensiones; ordenó la AFP Protección S.A. y con la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones descontados de los aportes del demandante, debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida y la condenó al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que el demandante se desafilie del sistema de pensiones.

² Cfr archivo "19. Contestacion Demanda Proteccion"



Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Solicita la apoderada de Colpensiones se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual sostuvo en síntesis que el demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria y sin presiones; y que el demandante no pudo excusarse en la falta de información, pues tenía el deber de solicitarla y enterarse de cómo funcionan los diferentes regímenes pensionales; sin embargo el demandante al absolver interrogatorio de parte reconoció que no lo hizo.

Afirmó que de conformidad con los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 los fondos privados suplen las obligaciones relativas al deber de información al momento de suscribir el formulario de afiliación.

Agregó que en virtud del principio de sostenibilidad financiera prevalece el interés general sobre el particular, y deben tomarse medidas pertinentes en la búsqueda de la protección de los recursos que soportan el sistema pensional.

El apoderado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicita igualmente se revoque la decisión acogida por el servidor judicial de primer grado en lo relativo a su representada; para lo cual aduce en esencia se acreditó dentro del proceso que la vinculación que tuvo con el demandante se dejó sin efectos con ocasión a la existencia de un conflicto de multivinculación y que en razón a ello no conservan ningún historial pensional del demandante.

Finalmente, el apoderado de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. interpone recurso de apelación en relación con la deducción o devolución de las sumas correspondientes a los gastos de administración, en primer término, porque tales descuentos se efectuaron por disposición legal y operan tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sostuvo en el mismo sentido que las sumas descontadas fueron encausadas a terceros de buena fe, que la cuenta fue administrada de forma correcta y oportuna, generando unos rendimientos significativos durante el tiempo que duró la afiliación y por ende el incremento del patrimonio del demandante; y que a pesar de que no desconoce las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, existen realidades fácticas que imperan las formas.

Agregó que el traslado de tales recursos genera un detrimento patrimonial en contra de su representada y un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, teniendo en cuenta que esta entidad no ha administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante.

Finalmente indicó que en estos casos se ordena devolver un porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima y que en ese evento es necesario la vinculación de dicha entidad para que ejerza la defensa de sus intereses.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el

conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si la AFP Porvenir S.A. se encuentra obligada a la devolución de alguna suma derivada de dicha determinación; si la AFP Protección S.A. tiene la obligación de devolver la sumas descontadas por concepto de gastos de administración; y si Colpensiones se encuentra obligada al reconocimiento de la pensión de vejez previstas en la Ley 797 de 2003.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado del demandante, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que

³ *“En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.”

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que “Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud”.

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición: la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir

que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que por demás, conviene recordar a los recurrentes, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Se precisa en este punto que, contrario a lo que refiere la apoderada de Colpensiones, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, no prevé que la suscripción del formulario de afiliación supla las obligaciones relativas al deber de información; pues tales preceptos se limitan a enlistar algunas de las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones del RAIS en vigencia de la afiliación.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen



alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien, se precisa que, en tanto, tal como lo indicó la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL4360 de 2019, el efecto jurídico de la declaratoria de ineficacia, no es otro que descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, ninguna injerencia tiene el límite que frente al traslado de régimen establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 <<modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003>>.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor



de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

En tal sentido, como el demandante se encuentra afiliado a la AFP Protección S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluidos los gastos de administración y las primas de seguros previsionales tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado, quien sin embargo, no hizo mención alguna a la devolución correspondiente a las sumas destinadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, motivo por el que se adicionará en dicho sentido; precisando que en tanto el referido fondo carece personería jurídica no es de recibo el planteamiento que efectúa el apoderado de la AFP Protección S.A. relativo a la imposibilidad de ordenar la devolución de los conceptos trasladados a este.

En este punto, advierte la Sala que le asiste razón al apoderado de la AFP Porvenir S.A. en relación con la imposibilidad de imponer condena en contra de su representada por concepto de devolución de gastos de administración y comisiones; pues de acuerdo con el certificado SIAFP aportado por la AFP Protección S.A.⁴ se advierte que la única afiliación al RAIS registrada como válida es la que se efectuó con esta última sociedad efectiva a partir del 1° de octubre de 1998, de manera se revocará la decisión de primer grado a efectos de absolver a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de todas y cada una de las pretensiones.

Ahora, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la parte actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección

⁴ Cfr fls 45 Archivo "19. Contestacion..."



S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que se adicionará la decisión de primer grado en tal sentido.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante el cual se modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para su reconocimiento a partir del 1° de enero de 2014 para el caso de los hombres son el cumplimiento de los 62 años de edad y la acreditación de 1.300 semanas de cotizaciones, requisitos que se encuentran acreditados dentro del plenario.

Lo anterior en cuanto de acuerdo con el correspondiente registro civil de nacimiento y la cédula de ciudadanía, el demandante nació el 28 de julio de 1957, de manera que cumplió la edad mínima de pensión el mismo mes y día del año 2019.

En lo que respecta a la densidad de semanas cotizadas advierte la Sala que de acuerdo con el extracto de semanas cotizadas expedido por la AFP Protección

S.A. la demandante para el 21 de junio de 2021⁵ acredita un total de 1.274,57 semanas, y si bien obra certificación expedida por la Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá, en la que se deja constancia que el demandante laboró para una institución educativa entre los años 1990 y 1995, por no ajustarse a los lineamientos establecidos en el Decreto 726 de 2018, la misma no puede ser tomada en cuenta, para computar el periodo allí relacionado.

En tal sentido, corresponde a la Sala revocar la condena impuesta en contra de Colpensiones al reconocimiento de la prestación de vejez solicitada, en tanto no se acreditó la densidad de semanas requeridas para el efecto.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia de primer grado en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

⁵ Cfr Fl 5 Archivo 36

SEGUNDO.- REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia recurrida, para en su lugar **ABSOLVER** a Colpensiones del reconocimiento de la prestación de vejez solicitada.

TERCERO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes que le fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.-CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 008 2021 00237 01. Proceso Ordinario Héctor Julio Bueno Rivera contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, en forma principal que, previa declaración de la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad o ante su improcedencia, se declare la ineficacia de dicha afiliación; se condene a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros, sin descontar comisiones por cuenta del manejo de la cuenta.



Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 12 de noviembre de 1966 y que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de marzo de 1996 en donde realizó aportes hasta el 30 de abril de 2012.

Afirmó que el 20 de abril 2012 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad al afiliarse con el fondo de pensiones ING, hoy Protección S.A., sin que recibiera por parte de ésta, la asesoría que requería, para que de manera informada tomara una decisión libre y consciente.

Reseñó que al momento de su afiliación no se le indicó que el valor de su pensión dependería del capital ahorrado, ni que la diferencia de la misma respecto del régimen de prima media sería superior al 33% y que tampoco le explicó que sólo podría retornar al régimen de prima media hasta antes de faltarle 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse.

Refirió que previa solicitud a Protección S.A. acerca de una simulación pensional, ésta le indicó que su mesada pensional al cumplir los 62 años de edad en el RAIS sería de un salario mínimo mensual legal vigente y que en Colpensiones equivaldría a \$1'881.880,00 con un IBL de \$2'876.753,00.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones sostuvo que desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado del demandante, pero que se presume que el mismo se produjo en ejercicio al derecho a la libre escogencia. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, e inexistencia del derecho y la obligación por falta de causa y título para pedir.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. por su parte señaló que la asesoría suministrada al accionante fue objetiva e integral y que de acuerdo con el correspondiente formulario de afiliación el acto de



traslado se realizó de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, entre otras.

La juez de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada el 20 de abril de 2012, mediante la afiliación a la AFP ING, hoy Protección S.A.; y como consecuencia de ello condenó a esta administradora a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación “...como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil ... junto con los rendimientos que se hubieren causado”; y a Colpensiones la condenó a aceptar dichos valores y a realizar los correspondientes ajustes en la historia laboral.

Los apoderados de las partes no interpusieron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.



CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado del demandante, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado

incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida; de manera que no es de recibo el argumento que expone la recurrente.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en el caso objeto de estudio la AFP ING, hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección en su momento debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que por demás, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a*



la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP ING., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien, se precisa que, en tanto, tal como lo indicó la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL4360 de 2019, el efecto jurídico de la declaratoria de ineficacia, no es otro que descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, ninguna injerencia tiene el límite que frente al traslado de régimen establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 <<modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003>>; de manera que, como el demandante continúa afiliado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección, ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos; incluidos los gastos de administración, los descuentos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las primas de seguros previsionales. Así las cosas, en tanto la servidora judicial de primer grado tan solo hizo referencia expresa a los “*costos cobrados por administración*” se dispondrá la adición de la sentencia de primera instancia.



En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen.

Ahora, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

De otra parte, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que, al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia a efectos de **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por concepto de descuentos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y primas de seguros previsionales.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes que le fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 008 2021 00237 01. Proceso Ordinario Héctor Julio Bueno
contra Colpensiones y otra (Consulta).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvo lo contrario



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-011-2019-00339-01. Proceso Ordinario de Pedro José Tejedor Ramírez contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación presentados por la apoderada de la demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de octubre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

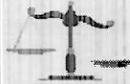
Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 29 de mayo de 2017 y como consecuencia de la anterior, se condene al pago del retroactivo pensional



comprendido entre el 29 de mayo de 2017 y el 30 de agosto de 2018, junto con las mesadas adicionales y reajustes de ley, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, nació el 29 de mayo de 1955, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del año 2017; que laboró para su último empleador Cooperativa de Transportadores Villa por el período comprendido entre el 1° de febrero de 2013 y el 15 de diciembre de 2013, empleador que reportó la novedad de retiro en la planilla No. 28906462 el 7 de enero de 2014, efectuando como último período de cotización el mes de diciembre de 2013, momento para el cual ya contaba con 1.587 semanas cotizadas; que presentó solicitud ante Colpensiones para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 30 de mayo de 2017, la que fue resuelta según resolución SUB 230215 del 30 de agosto de 2018, mediante la cual se concedió la pensión de vejez en los términos del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 efectiva a partir del 1° de septiembre de 2018, en cuantía de \$1.577.122; que contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 13 de septiembre de 2018, siendo desatados los mismos de forma desfavorable mediante los actos administrativos SUB 275661 del 22 de octubre de 2018 y DIR 20222 del 19 de noviembre de la misma anualidad.

La aquo declaró que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 29 de mayo de 2017 y por ello, condenó a la encartada Colpensiones al pago del retroactivo pensional por el período comprendido entre el 29 de mayo de 2017 y el 31 de agosto de 2018, en la suma de \$24.788.698,73, junto con el pago de los intereses moratorios a partir del 30 de septiembre de 2017, respecto de cada mesada pensional causada y hasta tanto se produjera su pago, autorizando el descuento



correspondiente al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La decisión tuvo como sustento, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 que establece requisitos para el disfrute de la prestación, no obstante, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral ha establecido otros supuestos que implican de forma indirecta la desafiliación del Sistema General de Pensiones, sin embargo, en el caso bajo estudio, se advierte que el último empleador del demandante procedió a registrar la novedad de retiro, por lo que no solo era procedente la declaratoria del derecho desde fecha anterior, sino también, el consecuente pago del retroactivo correspondiente.

La apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado, y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, por cuanto los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, establecen que la pensión de vejez se reconoce a solicitud de la parte y reunidos los requisitos mínimos, pero es necesaria la desafiliación del régimen y se tendrá en cuenta hasta la última cotización, así como, la forma en la que se pagará la prestación en mensualidades vencidas. Así mismo, refirió que se debe traer a estudio lo mencionado por la Corte Constitucional en sentencia T 626 de 2014, en la que indica que el disfrute de la pensión debe diferenciar dos situaciones, la primera la causación y la segunda el disfrute de las mesadas, situación que es reiterada por la Corte Suprema de Justicia, quien ha señalado que no es posible confundir la causación y el disfrute, pues la primera se genera con el cumplimiento de la edad y el tiempo de servicios y la segunda con el momento en que se solicita la prestación por el afiliado, pero con la acreditación del retiro, siendo eventos diferentes. Así las cosas, refirió que cuando se está frente a un trabajador dependiente y no aparece acreditada la desvinculación laboral, la prestación se reconoce a partir de la inclusión en nómina, sin que se pueda afirmar que la desafiliación se pueda dar de



forma tácita, sino que requiere de un acto de voluntad, ya sea por parte del empleador o del afiliado, decisión que debe ser conocida por la administradora correspondiente, así como tampoco se puede concluir que la falta de cotización genera la desafiliación, pues la afiliación al sistema se mantiene. Que en ese orden de ideas, el empleador Cooperativa de Transportadores Villa reportó la novedad de retiro, pero no se acreditaron los pagos de julio de 2013 a noviembre de la misma anualidad, para aplicar novedad de retiro, motivo por el que no se gestionó la novedad de retiro hasta tanto se contara con dichos pagos, por lo que al no materializarse tal novedad, pese a que el actor cumplió el último de los requisitos en mayo de 2017, el disfrute de la pensión es a partir del 30 de agosto de 2018. Frente a los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 787 de 2013, estableció que las administradoras de pensiones no están obligadas a pagar tal concepto cuando se realizó un estudio de la ley para negar la prestación, debiéndose absolver de los mismos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES



Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión en el proceso que al demandante le fue reconocida prestación pensional en forma directa por parte de Colpensiones, mediante la Resolución SUB 230215 del 30 de agosto de 2018, con fundamento en la Ley 797 de 2003, el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia está relacionado con la fecha a partir de la cual la activa tiene derecho al reconocimiento y disfrute de la pensión, que según la aquo, es a partir del 29 de mayo de 2017, fecha en la cual cumplió la edad de 62 años, mientras que para la pasiva, aduce que debe ser a partir de la inclusión en nómina de pensionados, esto es, a partir del 1° de septiembre de 2018, por cuanto no se acreditó el retiro del Sistema General de Pensiones.

Sobre ese punto, la Sala debe recordar que la jurisprudencia laboral ha considerado que, en efecto, una cosa es la causación del derecho y otra el disfrute de la pensión, materializándose el primero, con el cumplimiento de los requisitos de semanas o tiempo de servicio y el acaecimiento de la edad respectiva que trae la norma; mientras que por el disfrute, se ha entendido el acto por el cual se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen, conceptos éstos que han dado lugar a entender que el hecho exclusivo de cumplir los requisitos mínimos para acceder a la pensión, no lleva por sí mismo a la desafiliación del sistema, por cuanto ello no impide que el trabajador o su empleador continúen cotizando para mejorar el monto o liquidación de la prestación, tanto, que el simple reporte del empleador de la novedad de la terminación del vínculo o el hecho de no continuar cotizando no le quitan la calidad de afiliado al trabajador, pues siempre podrá, posteriormente, realizar nuevas cotizaciones con el fin de mejorar su ingreso pensional; de ahí que, para la desafiliación se exija, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, que exista un acto de declaración de voluntad, expreso, conocido por la entidad de seguridad social respectiva, para que aquella tome las medidas



necesarias para considerar al trabajador desafiliado del sistema, y no que ello se entienda de manera tácita, pues la afiliación es un estado que adquiere el trabajador de manera permanente así no obren cotizaciones en determinado momento de la historia laboral.

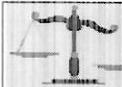
A lo anterior hay que agregarle que la jurisprudencia laboral también ha enseñado, que existen casos excepcionales, en donde no es posible establecer la fecha de la desafiliación, por lo que ante ese evento, tal aspecto debe deducirse de la concurrencia de diversos hechos, como, por ejemplo, la terminación del vínculo laboral, la falta del pago de cotizaciones, el cumplimiento de los requisitos de edad y de aportes; o incluso, también ha aceptado que se retroceda en la fecha del reconocimiento cuando se presenta error en la entidad administradora al realizar los cálculos respectivos para conceder la prestación, que conlleva a que el afiliado tenga que hacer un número de cotizaciones, sin ser eso real. De igual manera, la alta Corporación del trabajo ha aceptado esta tesis, cuando las cotizaciones no tienen como fin mejorar la prestación pese a la acumulación de esos aportes adicionales al mínimo exigido, eventos en los que el juzgador deberá proceder a examinar cada caso en particular para establecer desde cuándo se debe reconocer la prestación pensional.

Sobre el particular, puede consultarse las sentencias de la alta Corporación del Trabajo del 26 de octubre de 2010 dentro del radicado No. 36290 y del 1° de febrero de 2011 dentro del radicado No. 38776.

En el asunto, encuentra la Sala, que la historia laboral que obra en el expediente digital y denominado como el archivo *GRP-SCH-HL-66554443332211_1592-20190905044306.PDF*, da cuenta que el señor Pedro José Tejedor Ramírez, efectuó sus últimas cotizaciones con su



empleador Cooperativa de Transportadores Villa, realizando la última de las mencionadas el 30 de junio de 2013, sin embargo, la demandada adujo que no se reportó novedad de retiro con el empleador Cootransvilla Ltda., sin embargo, contrario a lo aducido por la encartada, dentro del plenario obra copia del pago de la planilla de aportes visible a folio 57 del documento denominado como 001. *Po Pedro Tejedor Vs Colpensiones Exp 011-2019-00339*, en el que la sociedad Cooperativa de Transportes Villa, quien ostenta el mismo NIT de la primera empresa mencionada (860351122), empleador respecto del cual si bien se podría aducir que no registró la novedad en tiempo, ello por cuanto la última cotización data del mes de junio de 2013 y según el actor prestó sus servicios hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad, sí se logró acreditar que la novedad de retiro fue informada a la Administradora Colombiana de Pensiones el 7 de enero de 2014, sin que pueda servir de excusa para dicha Entidad, que no se efectuó el pago de los meses de julio a diciembre de 2013, pues de acuerdo con la obligación de cobro que ostentan las administradoras de pensiones, era ésta quien debió solicitar el pago, junto con los intereses de mora dejados de efectuar por el empleador y no imponer una carga adicional al afiliado; aunado a lo anterior, debe reiterarse que incluso de no encontrarse la novedad de retiro del sistema, es claro que ese aspecto podía deducirse del cumplimiento de los requisitos para acceder, en este evento, a la prestación pensional, esto es, cuando la activa cumplió la edad de 62 años que exige la Ley 797 de 2003, lo cual se materializó el 29 de mayo de 2017, pues el demandante nació el mismo día y mes del año 1955, según se puede extraer de los actos administrativos expedidos por Colpensiones, así como de la copia de la cédula de ciudadanía del señor Pedro José Tejedor Ramírez y al 30 de junio de 2013, el actor cotizó un total de 1.527 semanas, conforme consta de la resolución SUB 230215 del 30 de agosto de 2018, por lo que no se podía concluir asunto diferente, que para el momento en que se satisficieron los requisitos mínimos y se



peticionó la pensión, no existía ánimo de seguir cotizando, y por ello, la intención del retiro del sistema, para que a partir de allí, le fuera reconocida la prestación pensional.

En ese orden de ideas, el accionante tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pensional comprendido entre el 29 de mayo de 2017 y el último día del mes de agosto de 2018, toda vez que la pasiva reconoció la pensión a partir del 1° de septiembre de 2018, por lo que se hace necesario confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido, no obstante, se procederá con el estudio de los medios exceptivos propuestos por la encartada.

De acuerdo con lo anterior, la demandada propuso la excepción de prescripción, sin embargo, esta excepción no tiene el mérito de prosperar, pues el accionante luego de la expedición de la Resolución SUB 230215 del 30 de agosto de 2018, el día 13 de septiembre de 2018¹ presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo desatados los mismos mediante los actos administrativos SUB 275661 del 22 de octubre de 2018 y DIR 20222 del 19 de noviembre de 2018; lo que significa que la activa interrumpió dentro del término trienal previsto en el artículo 151 del CPL, el fenómeno prescriptivo, máxime que la demanda fue presentada para reparto, el 15 de mayo de 2019, conforme consta en el acta de reparto visible en el expediente.

En ese orden de ideas, se impartirá condena por concepto de retroactivo pensional por el período correspondiente entre el 29 de mayo de 2017 y el 31 de agosto de 2018, advirtiéndole, que una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, arrojó como monto del retroactivo pensional la suma

¹ Cfr. Expediente Digital.



de \$24.940.214,50, no obstante, se mantendrá la condena impuesta por la falladora de primer grado, en tanto tal concepto no fue objeto de reproche alguno por la parte interesada y no se puede hacer más gravosa la situación de la entidad respecto de la cual fue la única apelante y en su favor se conoce el grado jurisdiccional de consulta.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, esta Sala considera que se debe aplicar la interpretación de la Corte Constitucional, vertida en la sentencia C-601 del año 2000, en la cual se realizó el control abstracto de constitucionalidad de dicho artículo, en donde se declaró la exequibilidad del artículo en mención, explicando que el pago de la sanción pecuniaria se extiende a toda clase de pensiones, sean estas reconocidas por mandato legal, convencional o particular.

Así las cosas, como el demandante petitionó el reconocimiento del derecho pensional, el 30 de mayo de 2017, debe tenerse en cuenta que la entidad tenía 4 meses –Ley 797 de 2003- para su reconocimiento y pago, es decir, hasta el 29 de septiembre de 2017, para la satisfacción de la acreencia reclamada, pero como no ha procedido de esa manera, se deberían imponer estos moratorios a partir del 30 de septiembre de 2017, como una forma de resarcir el perjuicio ocasionado al pensionada en el pago tardío de esta obligación, emolumentos que se imponen respecto de las mesadas causadas y no pagadas por el período comprendido entre el 27 de mayo de 2017 y el 31 de agosto de 2018, y hasta el momento en que se efectúe el pago de las mismas; fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado en su integridad.



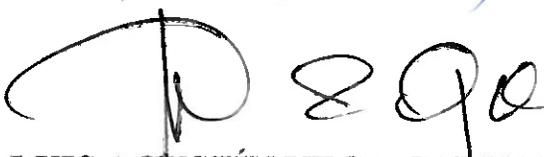
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de primer grado quedarán en la forma indicada por la falladora de primer grado y sin ellas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. LUCY STELLA VASQUEZ
RADICADO: 110013105011201933901
DEMANDANTE: PEDRO TEJEDOR
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo pensional según instrucciones del despacho.

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
27/05/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.515.152,27	8,13	\$ 12.323.238,5
01/01/18	31/08/18	4,09%	\$ 1.577.122,00	8,00	\$ 12.616.976,0
Total retroactivo					\$ 24.940.214,48

Retroactivo pensional	\$ 24.940.214,5
Total	\$ 24.940.214,5

Fuente	Tabla del IPC - DANE., folios del proceso,
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación _____ jueves, 27 de julio de 2023 _____

Recibe: _____