



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-002-2020-00419-01. Proceso Ordinario de Andrés Gallo Miranda contra Colpensiones y Otros (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 de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de enero de 2023; así como del grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, en aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que Colpensiones y Nueva EPS deben proceder con el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas desde el 21 de junio de 2016 y hasta el 6 de diciembre de 2017 (día anterior a la estructuración



de la enfermedad) o hasta el 29 de febrero de 2020 día anterior al reconocimiento de la pensión de invalidez y que como consecuencia de las anteriores se condene al reconocimiento y pago de las incapacidades por parte de Nueva EPS hasta el 6 de diciembre de 2017 y el retroactivo pensional a cargo de Colpensiones a partir del 7 de diciembre de 2017 y hasta el 29 de febrero de 2020, junto con la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que el actor siempre ha estado afiliado al ISS hoy Colpensiones, así como a la Nueva EPS; que le fue determinada invalidez por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una pérdida de capacidad laboral del 50.53% y fecha de estructuración para el día 7 de diciembre de 2017; que el actor estuvo incapacitado en varios períodos de forma interrumpida por el interregno comprendido entre el 21 de junio de 2016 y el 21 de octubre de 2017; que Nueva EPS nunca le efectuó el pago de las incapacidades, pese a que se radicaron en debida forma; que le fue reconocida pensión de invalidez a corte de nómina a partir del 1º de marzo de 2020, en cuantía de \$1.323.316 y no desde el 7 de diciembre de 2017, ya que no se sabía la fecha exacta del pago de las incapacidades, no obstante, tales certificados fueron allegados a Colpensiones el 17 de octubre de 2020; que elevó nuevas solicitudes para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde fecha anterior, sin embargo, las mismas fueron negadas mediante la resoluciones SUB 98643 de 27 de abril de 2020, SUB 141721 del 02 de julio de 2020, DEP 10661 de 05 de agosto de 2020 y SUB 188304 del 02 de septiembre de 2020; que el actor se retiró del Sistema general de Pensiones a partir del 1º de agosto de 2017.

La aquo si bien encontró que no se había efectuado el pago de las incapacidades médicas en favor del actor, así como, que no se encontraba



acreditado por parte de la Nueva EPS el dictamen de recuperación favorable y su correspondiente notificación a Colpensiones, también advirtió, que en las diligencias se debía declarar probado el medio exceptivo de la prescripción propuesto por la EPS, toda vez, que no se demostró la fecha de la reclamación ante dicha Entidad Promotora de Salud, por lo que la interrupción de la prescripción se debía entender con la presentación de la demanda, que se efectuó después del término trienal consagrado en la norma, por lo que absolvió del reconocimiento de dichas pretensiones. Frente al derecho pensional, advirtió que era procedente el reconocimiento y pago de la prestación a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, pues no se acreditó pago alguno de incapacidades posteriores a dicha data, enfatizando que si bien lo procedente era la concesión de los intereses moratorios, también lo es, que no fueron solicitados por la parte interesada y por el contrario, se petitionó la indexación de las condenas, pretensión a la que se accedía.

La apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, en lo atinente a la condena en costas, ya que no pudo reconocer la prestación a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, teniendo en cuenta que la Nueva EPS, no comunicó, ni certificó las incapacidades emitidas y pagadas al actor, por lo que la decisión de reconocer el derecho que nunca estuvo en discusión se originó a partir de la inclusión en nómina de pensionados, por la decisión de la Administradora estuvo ajustada a la normatividad legal vigente, amparada en el principio de buena fe, fundamentos por los que se debía absolver de dicha condena.

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.

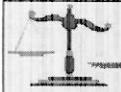
Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior, y partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión en el proceso que al demandante le fue reconocida la pensión de invalidez mediante resolución SUB 46317 del 20 de febrero de 2020, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 860 de 2003, por lo que el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia está relacionado con la fecha a partir de la cual la activa tiene derecho al disfrute o reconocimiento de la pensión, que según la aquo, es a partir del 7 de diciembre de 2017, fecha en la cual se estructuró la invalidez; y en caso afirmativo, establecer si hay derecho o no a la indexación de las mesadas causadas.

Sentado lo anterior, debe precisar esta Sala de Decisión que el monto de la pensión de invalidez se encuentra regulado en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993¹, en el que se fijó la tasa de reemplazo que tendría dicho derecho

¹ **ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** El monto mensual de la pensión de *invalidez* será equivalente a:



pensional, esto de acuerdo con el porcentaje de pérdida de la capacidad labora del afiliado, no obstante, en el inciso final de la norma, se expone que la prestación debe pagarse de forma retroactiva a partir del momento en que se produzca el estado de invalidez.

En ese orden de ideas, a folios 104 a 114 del plenario del archivo digital denominado como “01EscritoDemanda.pdf”, reposa copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el que se fijó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 50.53%, de origen común y como fecha de estructuración el día 7 de diciembre de 2017.

No obstante, frente al disfrute de la pensión de invalidez el artículo 10° del Decreto 758 de 1990, establece:

-
- a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.
 - b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por *invalidez* no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de *invalidez* podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de *invalidez* se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.



“ARTÍCULO 10. DISFRUTE DE LA PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN. *La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio. (...)*”.

Atendiendo la norma anterior, en efecto como lo indicó la apelante, no es posible proceder con el pago de la mesada pensional y a su vez el subsidio por incapacidad, por expresa prohibición legal; sin embargo, este presupuesto no ocurre en las presentes diligencias, atendiendo a la certificación expedida por parte de Nueva EPS², en la que consta que se emitieron múltiples registros de incapacidad a partir del 21 de junio de 2016, no obstante, la última otorgada por parte de la Entidad Promotora de Salud se dio por el período comprendido entre el 22 de septiembre de 2017 al 21 de octubre de la misma anualidad, la que no fue ni siquiera autorizada respecto de su pago por parte de la entidad, situación por la cual debe llegarse a la misma conclusión de la juzgadora de primera grado, que no es otra, que conceder el derecho pensional a favor del señor Gallo Miranda a partir del 7 de diciembre de 2017, fecha en la que se estableció la pérdida de la capacidad laboral, retroactivo pensional que deberá ser debidamente indexado al momento de su pago, ello para contrarrestar los efectos de la pérdida del valor adquisitivo del dinero, enfatizando que tal condena se mantiene, en el entendido que la parte actora no solicitó el reconocimiento de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que era la condena procedente.

² Cfr. Fl. 42 y 43 Archivo Digital “08ContestacionNuevaEPS.pdf”.



Ahora bien, se debe proceder con el estudio de la excepción de prescripción propuesta por la demandada Colpensiones, partiendo de que la misma se encuentra consagrada en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T., que establecen que los derechos laborales que no sean reclamados dentro de los tres años siguientes a partir de la fecha en la que se hizo exigible su obligación quedan cobijados por dicha figura, no obstante, el artículo 489 de la norma sustantiva, permite la interrupción del mismo por un lapso igual, con el simple reclamo escrito que efectúe el trabajador o pensionado respecto del derecho pretendido.

No obstante lo anterior, debe indicar que la jurisprudencia laboral³ de vieja data ha enseñado que el término prescriptivo en tratándose de acciones en las que se reclama la prestación de invalidez o cuyos derechos económicos dependen de la calificación médica respectiva que establece los daños a la salud, incluso a la vida, como sucede cuando se reclama la indemnización ordinaria de perjuicios por la culpa suficientemente comprobada del empleador, debe empezar a computarse a partir de la fecha en la que se establezcan, por los mecanismos previstos en la Ley, las secuelas que el infortunio causó al trabajador, lo que implica en todo caso, que éste procure el tratamiento médico de rigor y la consecuente valoración de su estado de salud, pues no puede mantenerse en forma indefinida la calificación del verdadero estado psicofísico del afiliado a efectos de determinar cuáles son las posibles acreencias económicas que de ese estado se derivan.

En otras palabras, el término prescriptivo para estos casos se cuenta a partir del momento en que el afiliado se encuentra posibilitado para reclamar materialmente el derecho pensional y ello se determina, por ejemplo, en el

³ Verbigracia, la sentencia del 17 de octubre de 2008, dentro del radicado No. 28821.

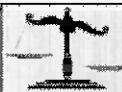


caso de una enfermedad, cuando definitivamente, luego de culminar el tratamiento médico o valoración clínica que indique que no existe un concepto favorable de recuperación, se pasa a la calificación de la pérdida de capacidad laboral por la autoridad competente y ésta concluye en el porcentaje respectivo poniéndolo en conocimiento del interesado. Es desde ese momento en que el afiliado conoce con certeza cuál es su condición de salud que le permite o no acceder a los derechos económicos previstos en la Ley; antes de esa época resulta desproporcionado, inconcebible y alejado de los postulados de la Seguridad Social, exigirle al trabajador que interrumpa el término prescriptivo presentando una reclamación a la administradora de pensiones a efectos de que le reconozca la prestación pensional, sin conocer cuál es la calidad psicofísica que le permite acceder al derecho; o exigirle a la persona menguada en su salud que interrumpa el tratamiento que le da una esperanza de recuperación para preocuparse de los posibles dineros que irá a recibir por cuenta de su decaimiento, con el fin de no llegar a perder esas mesadas que de alguna forma le ayudarán a satisfacer sus necesidades básicas ante la inefable realidad de haber disminuido su capacidad para procurarse de manera autónoma unos ingresos económicos.

La anterior tesis, ha sido ratificada de forma reciente en sentencia con radicado No. 75083 del 15 de mayo de 2020, M.P. Dr. Carlos Arturo Guarín Jurado, en la que la Alta Corporación del Trabajo indicó:

“Perfilado así el debate, es necesario precisar:

1. Que para establecer la prescripción de las mesadas derivadas de la pensión de invalidez, la Corte ha aplicado para el efecto, esto es, para determinar la pérdida de las causadas en el tiempo sin reclamación, las reglas establecidas para las acciones indemnizatorias del artículo 216 del CST, conforme se explicó en la sentencia CSJ SL5703-2015, al rememorar las sentencias CSJ SL, 19 sep.



2006, rad. 29417 y CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 28821, concluyendo que, para predicar la exigibilidad de la obligación, se requiere del conocimiento pleno del peticionario, acerca de su estado de invalidez, pues no de otra manera podría hablarse de una actuación poco diligente, que genere el efecto liberatorio de la obligación, que trae consigo la prescripción extintiva de la acción. (...)”.

En el asunto, como ya se indicó, el derecho pensional en cuanto a su pago surgió el día en que se profirió el dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que lo fue el 19 de junio de 2019, por lo que elevó petición el actor para el reconocimiento del derecho pensional el 17 de octubre de 2019, la que fue desatada mediante resolución SUB 46317 del 20 de febrero de 2020, radicando el escrito de demanda el 3 de diciembre de 2020, tal y como puede vislumbrarse del acta de reparto visible a folio 118⁴, por lo que no es posible declarar el medio de defensa propuesto por la encartada al no transcurrir los tres años de que tratan las normas traídas a estudio.

Ahora bien, frente a la absolución del pago de las costas que eleva la parte demandada Colpensiones, debe precisarse que no es posible acceder a la solicitud, en primer lugar, por cuanto el artículo 365 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral, establece que se impondrá condena en costas a quien resulte vencido en el proceso, situación en la que se encuentra dicha encartada y en segundo lugar, por cuanto en el trámite administrativo adelantado por el señor Gallo Miranda, fue aportado el certificado emitido por la Nueva EPS, concluyéndose tal situación de la resolución SUB 188304 del 2 de septiembre de 2020, en la que si bien la encartada le informa al demandante que el documento no cumple con las especificaciones para ser tenido en cuenta, también lo es, que no le indica cuál o cuáles son los defectos de los que adolece el documento,

⁴ Cfr. Expediente Digital.

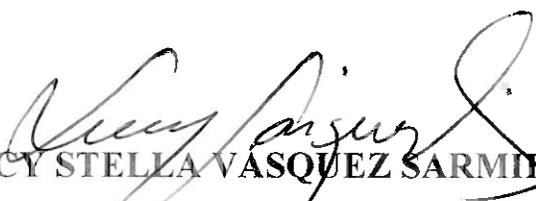


fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en esta instancia, dado el estudio completo de la decisión.

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: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 26 de enero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada, atendiendo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-004-2020-00209-01. Proceso Ordinario de Aura Inés Rincón Lesmes contra Colpensiones (Consulta 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 grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de junio de 2021.

ANTECEDENTES:

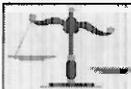
La señora Aura Inés Rincón Lesmes presentó demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, a fin de que se declare la compatibilidad entre la pensión de sobrevivientes reconocida por Cajanal, así como que acredite los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes contemplados en el decreto 758 de 1990 y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago del retroactivo pensional, junto con los



intereses moratorios o indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó la demandante, según la cual, el señor Luis Hernando Güecha Durán comenzó su vida laboral afiliándose al ISS el 1° de enero de 1967, laborando al servicio de empleadores privados hasta el año 1977; que el señor Güecha Dura y la actora contrajeron matrimonio el 29 de diciembre de 1979, relación de la cual se procrearon dos hijos de nombre Jhon Alexander y Patricia Güecha Rincón, quienes son mayores de edad; que el señor Luis Hernando estuvo vinculado al Instituto Nacional de Investigaciones por el período comprendido entre el 1° de abril de 1977 y el 10 de enero de 2002, esto es por 24 años, 9 meses y 9 días; que el señor Luis Hernando Güecha Durán falleció el 10 de enero de 2002; que Cajanal reconoció pensión de sobrevivientes en favor de la actora en calidad de cónyuge mediante resolución No. 22366 del 12 de agosto de 2002; que elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante Colpensiones el 30 de junio de 2018, la que fue desatada de forma desfavorable mediante acto administrativo SUB 216057 del 15 de agosto de 2018, bajo el sustento que la prestación es incompatible con la que fue reconocida por Cajanal; que mediante las resoluciones SUB 232684 de 04 de septiembre de 2018 y DIR 17354 de 26 de 4 septiembre de 2018, se resolvieron los recursos de reposición y en subsidio apelación.

El aquo, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, pese a que la pensión de sobrevivientes reconocida por Cajanal, era compatible con la que se solicitaba ante Colpensiones, al considerar que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional conforme lo dispone el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, así como, por cuanto tampoco era beneficiario de la condición más beneficiosa, para que



se pudiera dar aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que no era procedente el reconocimiento de la prestación reclamada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la parte actora, 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.

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

CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la jurisprudencia laboral tiene enseñado de vieja data, que en tratándose de la reclamación por pensión de sobrevivientes o sustitución pensional, 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 indicó el juez de primer grado, el señor Luis Hernando Güecha Durán, falleció el 10 de enero de 2002¹, por ende, las normas aplicables no son otras que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, las que regularon que tendrán derecho a esta prestación los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común o el afiliado que fallezca habiendo cotizado 26 semanas dentro del año anterior al deceso; y como beneficiarios de la prestación, en primer lugar dejó a la cónyuge o la compañera o compañero sobreviviente del causante que acredite que estuvo haciendo vida marital

¹ Cfr. Expediente Digital.

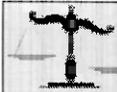


con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su deceso.

En el asunto, como da cuenta su historia laboral, el señor Luis Hernando Güecha Durán cotizó oficialmente y de manera interrumpida en toda su vida 356 semanas, entre el 1° de enero de 1967 y el 1° de noviembre de 1977, haciéndose evidente que no efectuó aporte alguno dentro del año anterior y hasta la fecha de la muerte, lo que impide aplicar el aludido numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

En todo caso, como lo alegó la parte actora, se reclama la aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, pese a que en principio la norma aplicable era la Ley 100 de 1993.

Sobre dicho principio, debe recordarse que tanto la jurisprudencia de la CSJ como de la Corte Constitucional, está de acuerdo en que aquél es predicable en el fenómeno del tránsito normativo, y se aplica en aquellos casos en los que una nueva normativa contempla requisitos más gravosos que los dispuestos en la legislación anterior, y opera en el evento en el que el legislador no consagra un régimen de transición, porque si así fuera, no existiría controversia originada en el cambio legislativo, y protege las expectativas legítimas. Sin embargo, para la CSJ la aplicación de este principio no supone una búsqueda histórica de normas con el fin de conseguir aquella que se acomode, de mejor manera, a las circunstancias personales de cada asegurado, sino la aplicación excepcional de la norma inmediatamente anterior a la que regula en principio la situación, es decir, que en materia de pensión de sobrevivientes, si el deceso se produce en vigencia de la Ley 100 de 1993, sólo sería posible aplicar el Decreto 758 de 1990.



Sin embargo, esta posición riñe con la asumida por las salas de revisión de la H. Corte Constitucional, decisiones en las cuales dicho órgano constitucional ha adocinado, que incluso, el principio de condición más beneficiosa puede dar lugar a aplicar normas anteriores ya sea a la fecha de estructuración de la invalidez o al fallecimiento del afiliado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Acuerdo 049 de 1990, establece que para acceder a la pensión de sobrevivientes, exige el cumplimiento de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al momento del deceso o tener 300 semanas en cualquier tiempo. En ese orden de ideas, se tiene que el señor Luis Eduardo Güecha Durán tampoco efectuó cotización alguna en los 6 años anteriores; sin embargo, se acredita un total de 356 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, por el período comprendido entre el 1° de enero de 1967 y hasta el 1° de noviembre de 1977, lo que acredita, a su vez, que también aportó las 300 semanas en cualquier tiempo, lo que arroja como conclusión lógica, que el causante señor Güecha Durán dejó causado el derecho para el reconocimiento de la prestación pretendida.

La anterior conclusión, tiene como sustento lo adocinado en reiteradas decisiones emitidas por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia con radicado No. 81918 del 29 de septiembre de 2021, M.P. Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en la que se indicó:

“También, en sede de casación, se advirtió que no fue objeto de discusión lo relativo a i) la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la demandante; ii) la fecha de deceso del causante, 5 de marzo de 1999; iii) que, en principio, la norma aplicable era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 original, frente a la cual no se acreditó el número mínimo de semanas necesarias para acceder a la pensión de sobrevivientes; y iv) que la disposición anterior que



governaba el caso, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, es el Acuerdo 049 de 1990.

En tal sentido, sin lugar a dudas, la actora es acreedora de la pensión de sobrevivientes causada por su difunto esposo a partir del 5 de marzo de 1999, fecha del fallecimiento, en tanto acreditó las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier tiempo por el causante, tal y como lo establece el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, al que remite el artículo 25 ibidem."

En ese orden de ideas, y como quiera que el causante cotizó más de las 300 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, sus beneficiarios son acreedores al reconocimiento del derecho pensional, el que se deberá conceder en 14 mensualidades, como quiera que no se encuentra afectado por el A.L. 01 de 2005 y respecto del cual se aplicarán los reajustes anuales.

Ahora bien, frente a la calidad de beneficiaria del derecho pensional, es necesario advertir que la misma fue reconocida en los actos administrativos SUB 216057 del 15 de agosto de 2018, SUB 232684 del 4 de septiembre de 2018 y DIR 17354 del 26 de septiembre de 2018, pues se negó el derecho pensional tan sólo por la incompatibilidad entre la pensión reconocida por Cajanal mediante la resolución No. 22366 del 13 de agosto de 2002 y la que se reclama a Colpensiones, en el entendido que no se pueden devengar dos o más prestaciones del erario público.

No obstante, en gracia de discusión no solo se acreditó la calidad de cónyuge de la demandante con el registro civil de matrimonio que reposa en el expediente digital, en el que consta que el fallecido y la actora contrajeron matrimonio el 29 de diciembre de 1979, sino que además, se acreditó la convivencia de la pareja hasta el fallecimiento del afiliado, esto conforme con el informe investigativo realizado por parte de la empresa



COSINTE Ltda., a favor de la propia demandada Colpensiones, situación por la que es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

No obstante, como la demandada propuso la excepción de prescripción, acorde con lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPL, las mesadas producto del derecho pensional, se extinguen si no son exigidas dentro del término común de 3 años. En el asunto, como el derecho pensional se causó el 10 de enero de 2002 –fecha de fallecimiento del afiliado- y la demandante radicó solicitud para el reconocimiento de la prestación el 30 de junio de 2018, es evidente que transcurrió el término trienal de que habla la norma, por lo que se deberá declarar parcialmente probado el medio exceptivo, respecto de las mesadas causadas y no reclamadas con anterioridad al 30 de junio de 2015

En cuanto a la liquidación de esta prestación, el Acuerdo 049 de 1990 no prevé expresamente el ingreso base ni el porcentaje a aplicar, por lo que considera la Sala que ante dicho vacío se debe acudir a la Ley 100 de 1993 que tanto en su artículo 21 como en el 48 establecen el promedio salarial actualizado que la entidad administradora debe adoptar, así como el porcentaje mínimo a aplicar, sin que en todo caso la cuantía de la prestación pueda ser inferior al mínimo legal vigente para la fecha de reconocimiento.

Así las cosas, se advierte que una vez efectuado el cálculo correspondiente a la mesada pensional se obtendría un IBL por la suma de \$311.367,21, al que una vez aplicada la tasa de reemplazo del 45% la primera mesada pensional sería por el monto de \$140.115,24, por lo que se ajustará tal monto al salario mínimo legal mensual vigente que para la fecha de deceso del afiliado ascendía a la suma de \$309.000, obteniendo un retroactivo



pensional a partir del 30 de junio de 2015 y hasta el 31 de agosto de 2023 en la suma de \$96.470.462.

Con relación a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, considera la Sala que deberá absolverse de ellos, pues como lo tiene explicado la CSJ en sentencia del 6 de noviembre de 2013, dentro del radicado No. SL787 de esa anualidad, cuando la entidad demandada desconoce el derecho pensional basado en un criterio legal, incluso jurisprudencial aceptado para el momento de la solicitud, se flexibiliza la interpretación de dicha norma que consagra estos emolumentos resarcitorios. En todo caso, se deberá acceder a la indexación de las mesadas adeudadas, como una forma de reconocer la pérdida que sufre el dinero por el paso del tiempo y compensar ese detrimento para el momento del pago efectivo.

Ahora bien, frente a la incompatibilidad que se aduce por la demandada Colpensiones, con ocasión del reconocimiento de una pensión de sobrevivientes por parte de Cajanal mediante la resolución No. 22366 del 9 de agosto de 2002, respecto de la que se reclama a la encartada, debe señalarse que la Sala IV de la Corte Constitucional de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en sentencia con radicado No. 42996 del 28 de noviembre de 2018, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, en la que se indicó:

“... Frente a los reproches jurídicos endilgados por la censura, cabe destacar que actualmente la jurisprudencia de esta Corporación sostiene que la regla general del sistema de pensiones dispuesto por la Ley 100 de 1993 es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el mismo, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo, máxime que dicha normatividad permite la acumulación de cotizaciones indistintamente de su procedencia u origen a efectos de aumentar el valor de la base de liquidación.”



De igual forma, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, tal como la prevista en la Ley 33 de 1985, la Sala ha predicado que podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

Bajo este entendido se ha afirmado que únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993 es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad. (...)

Atendiendo el criterio jurisprudencial anterior, se advierte que en efecto las prestaciones reconocidas tanto por Cajanal, como por Colpensiones son compatibles, como quiera que la primera de las mencionadas se causó con ocasión del tiempo de servicios público, así como en vigencia de la Ley 100 de 1993, mientras que la segunda, tuvo su origen en los aportes efectuados por el causante en el sector privado y de conformidad con lo expuesto en el Acuerdo 049 de 1990.

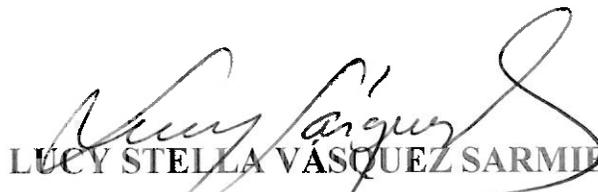
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo de la demandada y sin costas en la alzada.

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: REVOCAR** la sentencia proferida el 22 de junio de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión. **SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 11 de enero de 2002, a favor de la señora **AURA INÉS RINCÓN LESMES** en 14 mensualidades al año, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado a favor de la señora **AURA INÉS RINCÓN LESMES** a partir del 30 de junio de 2015 y en adelante, hasta que se proceda con su pago, retroactivo pensional que calculado al 31 de agosto de 2023 asciende a la suma de \$96.470.462 y que en todo caso deberá ser debidamente indexado al momento de su pago, atendiendo las motivaciones de la sentencia. **CUARTO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, respecto de las mesadas pensionales causadas y no cobradas con anterioridad al 30 de junio de 2015, atendiendo las consideraciones de esta decisión. **QUINTO: COSTAS**. Las de primer grado quedan a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. LUCY STELLA VASQUEZ
RADICADO: 110013105004202020901
DEMANDANTE : AURA RINCON
DEMANDADO: COLPENSIONES

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

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2002, aplicando el 45% para obtener el valor de la primera mesada.

Promedio Salarial Anual							
Año 1967							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/67	31/01/67	31	660,00	22,00	\$ 682,00		
01/02/67	22/02/67	22	660,00	22,00	\$ 484,00		
Total días		53			\$ 1.166,00	\$ 22,00	\$ 660,00
Año 1969							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
11/02/69	28/02/69	18	300,00	10,00	\$ 180,00		
01/03/69	31/03/69	31	300,00	10,00	\$ 310,00		
01/04/69	30/04/69	30	300,00	10,00	\$ 300,00		
01/05/69	31/05/69	31	300,00	10,00	\$ 310,00		
01/06/69	30/06/69	30	300,00	10,00	\$ 300,00		
01/07/69	31/07/69	31	300,00	10,00	\$ 310,00		
01/08/69	13/08/69	13	300,00	10,00	\$ 130,00		
08/10/69	31/10/69	24	660,00	22,00	\$ 528,00		
01/11/69	30/11/69	30	660,00	22,00	\$ 660,00		
01/12/69	31/12/69	31	660,00	22,00	\$ 682,00		
Total días		269			\$ 3.710,00	\$ 13,79	\$ 413,75
Año 1970							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/70	31/01/70	31	660,00	22,00	\$ 682,00		
01/02/70	28/02/70	28	660,00	22,00	\$ 616,00		
01/03/70	31/03/70	31	660,00	22,00	\$ 682,00		
01/04/70	30/04/70	30	660,00	22,00	\$ 660,00		
01/05/70	31/05/70	31	660,00	22,00	\$ 682,00		
01/06/70	01/06/70	1	660,00	22,00	\$ 22,00		
21/08/70	31/08/70	11	450,00	15,00	\$ 165,00		
01/09/70	30/09/70	30	450,00	15,00	\$ 450,00		
01/10/70	31/10/70	31	450,00	15,00	\$ 465,00		
01/11/70	30/11/70	30	450,00	15,00	\$ 450,00		
01/12/70	31/12/70	31	450,00	15,00	\$ 465,00		
Total días		285			\$ 5.339,00	\$ 18,73	\$ 562,00
Año 1971							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/71	31/01/71	31	450,00	15,00	\$ 465,00		
01/02/71	28/02/71	28	450,00	15,00	\$ 420,00		
01/03/71	31/03/71	31	930,00	31,00	\$ 961,00		
01/04/71	30/04/71	30	930,00	31,00	\$ 930,00		
01/05/71	31/05/71	31	930,00	31,00	\$ 961,00		
01/06/71	30/06/71	30	930,00	31,00	\$ 930,00		
01/07/71	31/07/71	31	930,00	31,00	\$ 961,00		
01/08/71	31/08/71	31	930,00	31,00	\$ 961,00		
01/09/71	30/09/71	30	930,00	31,00	\$ 930,00		
01/10/71	31/10/71	31	930,00	31,00	\$ 961,00		
01/11/71	30/11/71	30	1.282,00	42,73	\$ 1.282,00		
01/12/71	31/12/71	31	1.140,00	38,00	\$ 1.178,00		
Total días		365			\$ 10.940,00	\$ 29,97	\$ 899,18
Año 1972							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/72	31/01/72	31	660,00	22,00	\$ 682,00		



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

01/02/72	29/02/72	29	660,00	22,00	\$ 638,00		
01/03/72	31/03/72	31	660,00	22,00	\$ 682,00		
01/04/72	30/04/72	30	660,00	22,00	\$ 660,00		
01/05/72	31/05/72	31	660,00	22,00	\$ 682,00		
01/06/72	22/06/72	22	930,00	31,00	\$ 682,00		
06/10/72	31/10/72	26	660,00	22,00	\$ 572,00		
01/11/72	30/11/72	30	660,00	22,00	\$ 660,00		
01/12/72	22/12/72	22	660,00	22,00	\$ 484,00		
Total días		252			\$ 5.742,00	\$ 22,79	\$ 683,57
Año 1973							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/73	31/01/73	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/02/73	28/02/73	28	1.290,00	43,00	\$ 1.204,00		
01/03/73	31/03/73	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/04/73	30/04/73	30	1.290,00	43,00	\$ 1.290,00		
01/05/73	31/05/73	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/06/73	30/06/73	30	1.290,00	43,00	\$ 1.290,00		
01/07/73	31/07/73	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/08/73	01/08/73	1	1.290,00	43,00	\$ 43,00		
16/08/73	31/08/73	16	930,00	31,00	\$ 496,00		
01/09/73	30/09/73	30	930,00	31,00	\$ 930,00		
01/10/73	31/10/73	31	930,00	31,00	\$ 961,00		
01/11/73	30/11/73	30	930,00	31,00	\$ 930,00		
01/12/73	31/12/73	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
Total días		351			\$ 14.305,00	\$ 40,75	\$ 1.222,65
Año 1974							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/74	31/01/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/02/74	28/02/74	28	2.907,86	96,93	\$ 2.714,00		
01/03/74	31/03/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/04/74	30/04/74	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/05/74	31/05/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/06/74	30/06/74	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/07/74	31/07/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/08/74	31/08/74	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/09/74	30/09/74	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/10/74	08/10/74	8	1.770,00	59,00	\$ 472,00		
06/11/74	30/11/74	25	1.290,00	43,00	\$ 1.075,00		
01/12/74	31/12/74	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
Total días		337			\$ 20.049,00	\$ 59,49	\$ 1.784,78
Año 1975							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/75	31/01/75	31	1.872,58	62,42	\$ 1.935,00		
01/02/75	28/02/75	28	2.580,00	86,00	\$ 2.408,00		
01/03/75	31/03/75	31	2.580,00	86,00	\$ 2.666,00		
01/04/75	30/04/75	30	2.580,00	86,00	\$ 2.580,00		
01/05/75	31/05/75	31	3.060,00	102,00	\$ 3.162,00		
01/06/75	30/06/75	30	3.060,00	102,00	\$ 3.060,00		
01/07/75	31/07/75	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/08/75	31/08/75	31	1.290,00	43,00	\$ 1.333,00		
01/09/75	30/09/75	30	1.290,00	43,00	\$ 1.290,00		
01/10/75	15/10/75	15	1.290,00	43,00	\$ 645,00		
Total días		288			\$ 20.412,00	\$ 70,88	\$ 2.126,25
Año 1977							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
14/01/77	31/01/77	18	1.770,00	59,00	\$ 1.062,00		
01/02/77	28/02/77	28	1.770,00	59,00	\$ 1.652,00		
01/03/77	31/03/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/04/77	30/04/77	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/05/77	31/05/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/06/77	30/06/77	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/07/77	31/07/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/08/77	31/08/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		
01/09/77	30/09/77	30	1.770,00	59,00	\$ 1.770,00		
01/10/77	31/10/77	31	1.770,00	59,00	\$ 1.829,00		



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

01/11/77	01/11/77	1	2.430,00	81,00	\$ 81,00		
Total días		292			\$ 17.250,00	\$ 59,08	\$ 1.772,26

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1967	53	0,090	46,58	517,556	\$ 660,00	\$ 341.586,67	\$ 603.469,78
1969	269	0,100	46,58	465,800	\$ 413,75	\$ 192.726,91	\$ 1.728.118,00
1970	285	0,110	46,58	423,455	\$ 562,00	\$ 237.981,45	\$ 2.260.823,82
1971	365	0,120	46,58	388,167	\$ 899,18	\$ 349.030,96	\$ 4.246.543,33
1972	252	0,140	46,58	332,714	\$ 683,57	\$ 227.433,98	\$ 1.910.445,43
1973	351	0,160	46,58	291,125	\$ 1.222,65	\$ 355.943,86	\$ 4.164.543,13
1974	337	0,190	46,58	245,158	\$ 1.784,78	\$ 437.552,28	\$ 4.915.170,63
1975	288	0,250	46,58	186,320	\$ 2.126,25	\$ 396.162,90	\$ 3.803.163,84
1977	292	0,360	46,58	129,389	\$ 1.772,26	\$ 229.310,79	\$ 2.231.958,33
Total días	2492	Total devengado actualizado a:			2002	\$ 25.864.236,29	
Total semanas	356,00	Ingreso Base Liquidación			\$ 311.367,21		
Total Años	6,92	Porcentaje aplicado			45%		
					Primera mesada	\$ 140.115,24	
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2002	\$ 309.000,00

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 309.000,00	0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 332.000,00	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 358.000,00	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 381.500,00	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 408.000,00	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 433.700,00	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 461.500,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 496.900,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 515.000,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 535.600,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 566.700,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 589.500,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 616.000,00	0,00	\$ 0,0
30/06/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,00	7,00	\$ 4.510.450,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.454,00	14,00	\$ 9.652.356,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	14,00	\$ 10.328.038,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	14,00	\$ 10.937.388,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	14,00	\$ 11.593.624,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	14,00	\$ 12.289.242,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	14,00	\$ 12.719.364,0
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	14,00	\$ 14.000.000,0
01/01/23	31/08/23	13,12%	\$ 1.160.000,00	9,00	\$ 10.440.000,0
Total retroactivo					\$ 96.470.462,00

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 96.470.462,0
Total	\$ 96.470.462,0

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

Fecha liquidación

miércoles, 30 de agosto de 2023

Recibe:



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2021-00231-01. Proceso Ordinario de Luz Betty Enciso 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 las apoderadas de la parte actora y de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de julio 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 nulidad de la afiliación a Porvenir S.A. en el año 1999 y como consecuencia de la anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros,



ordenándose a la última entidad tenerla como válidamente afiliada al RPM sin solución de continuidad, incluyendo tales aportes en su historia laboral, se proceda con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2020, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 1° de mayo de 1963, por lo que al momento de radicar la demanda cuenta con 58 años de edad, cumpliendo los 57 años el mismo día y mes del año 2020, momento para el cual acredita más de 1300 semanas; que se afilió al Foncep efectuando cotizaciones hasta el 30 de diciembre de 1995, cotizando 400 semanas, afiliándose al RPM administrado por el Colpensiones el 1° de enero de 1996, donde cotizó 200 semanas; que se trasladó al RAIS administrado por Porvenir el 1° de julio de 1999, momento en el cual no se le dio información, clara, completa, veraz y suficiente respecto de las diferencias de cada régimen pensional, ventajas y desventajas de los mismos, sin tener en cuenta la edad, el tiempo laborado y la expectativa pensional, el capital que debería acumular para el reconocimiento de la prestación, así como el monto de la misma, las modalidades del pensión del RAIS, así como la destinación de seguros previsionales para las pensiones de invalidez y sobrevivencia, ni el derecho de retracto, al igual que no le realizó proyecciones de su derecho pensional; que la demandante elevó petición ante Porvenir S.A. el 23 de noviembre de 2020, mediante el cual solicitó un estudio pensional, así como, elevó nueva petición el 25 de enero de 2021, en la que solicitó la nulidad del traslado y su afiliación ante Colpensiones; que de igual forma elevó petición ante Colpensiones para la declaratoria de nulidad del traslado, no obstante, las peticiones no fueron resueltas por las demandadas.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ordenando a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros y actualizara la historia laboral, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones incoadas. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró 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.

Inconforme con la anterior decisión, las apoderadas de la demandante y de la demandada Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación de forma parcial, frente a la absolución del reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que se negó la pensión bajo el argumento de que la demandante no está afiliada a Colpensiones, sin embargo, debe analizarse que las pretensiones incoadas en la demanda están relacionadas de forma directa y que dada la nulidad resuelta en la sentencia, como consecuencia de ello, se genera la pensión, por lo que la prestación se debe reconocer en el proceso, ya que se pidió en tiempo, se agotó la vía administrativa ante Colpensiones, siendo así que se falla al principio de confianza legítima, ya que la equivocación de Porvenir no puede recaer sobre la afiliada, en tanto al negarle la pensión siendo un derecho irrenunciable e imprescriptible como lo ha dicho la Constitución Política de Colombia, la demandante pudo pensionarse desde el año 2020,



basándonos en la misma situación, sin que se puede aducir negligencia de la actora, pues la carga está en cabeza del fondo privado, quien no le notificó la fecha que tendría para trasladarse a Colpensiones y de ser así, la actora estaría pensionada y tendría un ingreso, obligando a la demandante a renunciar a su derecho por ciertos años. Aunado a lo anterior, por su edad tienen el derecho de percibir una mesada con ocasión del tiempo de servicios, revictimizándose a la demandante, por lo que es procedente la prestación a partir del 1° de mayo de 2020.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación parcial con relación al traslado de la demandante, pues Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la decisión adoptada por la actora en su momento, más aún cuando se declara la ineficacia por falta al deber de información por parte del fondo privado, pues la asesoría se dio en un tiempo mínimo de 30 minutos, así como que se observa que la AFP falló en su deber de oportunidad, en el sentido de indagar al afiliado en cuál régimen deseaba continuar, por lo que debería ser el fondo privado quien asuma el reconocimiento de la pensión de vejez con los mismos beneficios o parámetros que ofrece el RPM. De igual forma, solicitó se tenga en cuenta que Colpensiones está vinculada de forma residual, pues al declararse la ineficacia, no se puede imputar la misma a dicha demandada, pues quien tenía el deber de brindar la debida información era a las administradoras privadas al momento de suscribir el formulario de afiliación y no al ISS hoy Colpensiones, aunado con que no es procedente que se pueda reclamar en cualquier tiempo el traslado entre los regímenes pensionales, situación clara que se refleja respecto de los pensionados, frente a los cuales el derecho ya adquirió una firmeza o quienes están próximos a cumplir el derecho conforme con la sentencia SL 373 de 2021, por lo que la demandante cumplió su estatus pensional, efectuando aportes por más de 20 años, solicitando el estudio de haber solicitado la devolución de tales aportes. Finalmente, solicita se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica, en el sentido que el traslado se dio

por la actora y el fondo privado y las consecuencias tienen efectos inter partes, por lo que Colpensiones no puede ser favorecida, ni perjudicada por tal actuación.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

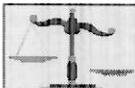
En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

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 afiliar.



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 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.

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.

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).



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 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 la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del

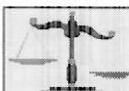


futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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 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 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 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, por lo que se adicionará la decisión de primer grado en tal sentido.

En lo que tiene que ver con el argumento referente a que sea la administradora privada quien proceda con el reconocimiento de la pensión de vejez en los mismos términos en que se concede en el RPM, debe señalarse que este no es el momento procesal oportuno para resolver dicha cuestión, en el entendido que Colpensiones no presentó demanda de reconvención o solicitud alguna con la contestación de la demandada, de la que se pueda proceder con el estudio que reclama la pasiva, situación que también recae sobre el dicho de la pasiva, concerniente con el principio de la relatividad jurídica, pues la Administradora Colombiana de Pensiones podrá iniciar las acciones administrativas o judiciales que estime pertinente, para reclamar el pago de los eventuales perjuicios que se generen con ocasión de la declaratoria de ineficacia del traslado.

Así mismo, debe señalarse que si bien la actora petitionó un estudio del derecho pensional a la AFP, también lo es, que no por ello, se puede concluir que en efecto la demandante adquirió el estatus de pensionado, pues contrario a su dicho, Porvenir S.A. no refirió de forma alguna que la señora Enciso Rodríguez estuviese pensionado y en el interrogatorio de parte la actora precisó que la administradora privada le indicó que no era procedente retirar los aportes, por cuanto le faltaba la edad para poder adquirir el derecho pensional y en caso dado, se podía reconocer la prestación por el equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, situación que no consolidó el futuro pensional de la afiliada, ni generó la afectación a terceras personas, tal y como lo establecen los pronunciamientos reiterados por la Máxima Corporación en materia laboral.



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.

Ahora bien, se debe proceder con el estudio del derecho pensional reclamado por la demandante, por lo que se hace necesario indicar que la actora no es beneficiaria del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 ni por edad, ni por semanas, teniendo en cuenta que la demandante nació el 1° de mayo de 1963, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 30 años y su derecho pensional a la edad de 55 años la adquiriría el 1° de mayo de 2018, fecha posterior a la concedida en el A.L. 01 de 2004.

En ese orden de ideas, se debe proceder con el estudio del derecho pensional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que dispone para el reconocimiento de la pensión de vejez contar con 60 años de edad para los hombres y 1000 semanas, las cuales se incrementarían hasta llegar a 1300 semanas al año 2015, no obstante, a partir del 1° de enero de 2014 la edad quedó establecida en 57 años para las mujeres.

De acuerdo con lo anterior, conforme con la fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Betty Enciso Rodríguez que reposa en el expediente, cumplió la edad de 57 años el 1° de mayo de 2020 y así mismo, acredita la densidad de semanas necesarias para adquirir el derecho pensional por cuanto cotizó un total en el Sistema General de Pensiones un total de 1.731,70 semanas cotizadas, y si bien no se acreditó por parte de la actora el retiro del sistema, sí se encuentran acreditados los presupuestos para la



desafiliación tácita del mismo, pues la última cotización efectuada por la demandante fue para el periodo de mayo de 2019 debiéndose conceder la prestación a partir del momento en que la actora cumplió los 57 años, reconocimiento que se deberá efectuar por 13 mensualidades al año, efectuándose su reajuste de forma anual.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la liquidación del derecho pensional, el mismo debe regirse por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que establece que para obtener el IBL, se debe tener en cuenta las cotizaciones efectuadas en los 10 años anteriores a la obtención del derecho pensional o las cotizaciones efectuadas durante toda la vida laboral siempre y cuando haya cotizado más de 1250 semanas, como ocurre en el caso bajo estudio, teniéndose para ello, el que le resulte más favorable a la afiliada, fundamentos por los que se revocará la decisión de primer grado en tal sentido.

Ahora bien, debe advertirse que no hay lugar a declarar prescrita mesada alguna, en la medida en que este caso, no operó el término común de los 3 años previstos en el artículo 151 del CPL, pues se parte del hecho de que la prestación se hace exigible a partir del 1° de mayo de 2020, se radicó la reclamación administrativa el 1° de febrero de 2021, en la que se reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y la demanda fue radicada el 13 de mayo de 2021 conforme consta en el acta de reparto que se encuentra en el expediente digital, por lo que es claro que la totalidad de las mesadas pueden ser reclamadas.

Ahora bien, se absolverá a la demandada en lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que la actora no se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y no es sino hasta la presente sentencia que se ordena el



retorno de la señora Enciso Rodríguez al mismo, por lo que la Administradora Colombiana de Pensiones se encontraba imposibilitada para reconocer la prestación.

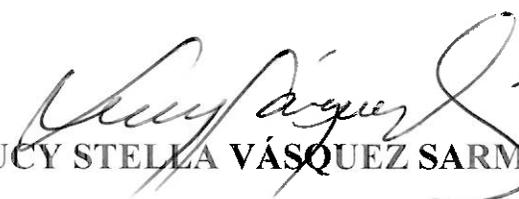
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y sin ellas en la alzada, dado el estudio del grado jurisdiccional de consulta.

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** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada, en el sentido que Porvenir S.A. también deberá trasladar a Colpensiones los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida, en el sentido de **CONDENAR** a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en favor de la señora Luz Betty Enciso Rodríguez, a partir del 1° de mayo de 2020, teniendo en cuenta para su liquidación lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: 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

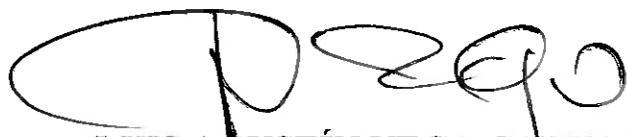


hábiles, den cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **QUINTO: COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y sin ellas en esta instancia, dado el estudio íntegro de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2020 00393 01. Proceso Ordinario Ricardo Garzón Consuegra 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 los apoderados de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada 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, la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como del traslado de la AFP Protección a la AFP Porvenir S.A. y que se le vincule al régimen de prima media.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 7 de julio de 1961 y que efectuó aportes al ISS, hoy Colpensiones, desde el 4 de abril de 1988 hasta el 28 de febrero de 1998.

Indicó que efectuó aportes a la AFP Protección S.A. en una primera oportunidad entre el mes de 1998 y el mes de abril de 2004; y posteriormente entre febrero y octubre de 2011; a Colfondos S.A. desde junio de 2005 hasta junio de 2007; y a Porvenir desde octubre de 2007 hasta la fecha.

Afirmó que los promotores de Colpensiones, Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. al momento de su afiliación y desafiliación no cumplieron con los deberes de información, asesoría y buen consejo; ni le indicó la probabilidad que tendría de pensionarse.

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. sostuvo que de manera verbal otorgó al demandante información suficiente y necesaria para que tomara la decisión de trasladarse horizontalmente de manera libre, voluntaria e informada; que con independencia de ello las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, y que este conjunto normativo no estableció cual era la información que se debía brindar. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. adujo que la afiliación del accionante es un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y que el accionante contó con suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen. 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 señaló que dentro del proceso no obra prueba de que al demandante se le hubiere hecho incurrir en error o de que se estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento y que los documentos aportados se encuentran sujetos a derecho. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó 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, entre otras.

Finalmente, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías adujo que fue el demandante quien efectuó la solicitud de vinculación y que cumplió con las formalidades para la afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

El Despacho Judicial de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y le ordenó a la AFP Porvenir S.A. el traslado a Colpensiones de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, y además le ordenó a dicha entidad, a Colfondos S.A. y a Protección S.A. trasladar a Colpensiones en forma indexada los valores que hubiere descontado de los aportes pensionales del demandante.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados judiciales de Colpensiones, Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A. y el demandante interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.



FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apodera de Colpensiones aduce que su representada se está viendo damnificada al ordenarse que personas que no han contribuido al régimen tengan que se pensionadas, a pesar de que exista un cálculo de rentabilidad, en razón a que la administración de los recursos en uno y otro régimen pensional es diferente; y que permitir que quien no ha aportado al régimen se aproveche de los aportes de otros afiliados, desvertebra el sistema y contraría el principio de sostenibilidad financiera, eficiencia y equidad de los recursos.

Solicita se tenga en cuenta que la jurisprudencia de la Sala Laboral enseña que cada caso debe analizarse de forma particular, que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y tampoco cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-130 de 2013.

La apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicita la revocatoria de la sentencia de primer grado, para lo cual aduce la afiliación del demandante cumplió los requisitos establecidos al momento de su traslado, pues una vez el demandante recibió la información pertinente al momento de su vinculación de manera verbal, suscribió el correspondiente formulario sin ningún tipo de presión; sin que sea procedente realizar una aplicación retroactiva de las normas.

Solicita en el mismo sentido se tenga en cuenta que los traslados efectuados por el demandante ante las diferentes AFPs, lo que a su juicio permite ratificar la vocación de permanecer al régimen de ahorro individual de manera voluntaria; y que la inconformidad radica en la inconformidad frente a la expectativa del valor de su pensión y que esta situación no puede ser considerada como un engaño a los afiliados.

Aduce que las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas de acuerdo con lo que al efecto prevé el artículo 1750 del Código Civil, 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., pues no se está cuestionando el derecho al acceso pensional del demandante.

De otra parte, afirma que no resulta procedente la devolución de los gastos de administración en virtud de las restituciones mutuas o el deterioro que cada una de las partes debe asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo.

Señala en el mismo sentido que si la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, debe asumirse que los dineros de las cotizaciones no fueron a una cuenta de ahorro individual, no habría lugar a devolver dichos rendimientos.

La apoderada de Protección S.A. se opone a la condena impuesta por concepto de los porcentajes correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados; pues fueron gastos que se causaron durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante y se descontaron conforme a la ley.

Señala en el mismo sentido que el traslado de dichos recursos generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón a que estos descuentos se efectúan en los dos regímenes y no ingresan al fondo común o a la cuenta de ahorro individual; de manera que estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administró.

Agrega que, si la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, y considerar que los contratos de

administración nunca existieron, su representada no tendría que devolver los rendimientos, pues se consideraría que estos no se causaron; y que en caso contrario se desdibujan las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, al reconocer unos efectos y negar otros.

Así mismo, asegura que el seguro previsional en su momento fue girado a una aseguradora, para que en caso de que existiera el siniestro de invalidez o sobrevivencia se pagara la suma adicional para financiar estos conceptos y que además la aseguradora es un tercero de buena fe que nada ha tenido que ver; y que en todo caso se ven afectados por el fenómeno prescriptivo al no hacer parte de la pensión.

El apoderado de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías igualmente se opone a la condena impuesta a la devolución de gastos de administración indexados, teniendo en cuenta que fue debidamente a la gestión de su representada que se generaron unos rendimientos, que resultan superiores a lo descontado por gastos de administración; motivo por el que no se evidencia algún perjuicio.

Agrega que estos recursos no los tiene su representada en tanto una parte se destina al pago de la póliza de seguros previsionales y otros se trasladan al Fondo de Solidaridad, de manera que estos tendrían que haber sido vinculados al proceso.

Señala que la condena de devolver dicho concepto de forma indexada se torna como una indemnización de perjuicios, lo que aduce no fue discutido dentro del asunto y no se allegó prueba de algún perjuicio a los aportes pensionales del demandante; y que su representada siempre ha actuado de buena y conforme a la normatividad vigente.



Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que conforme lo dispone el artículo 365 del C.G.P. se condene en costas no solo a los fondos enunciados, sino a Colpensiones, al haber sido llamado a hacer un arreglo en la etapa de conciliación y no se vinculó.

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 procede ordenar el traslado de los gastos de administración y condenar en costas a 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 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 realicé 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

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 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

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.”



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 DAVIVIR, hoy Protección 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 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 se está dando una aplicación retroactiva a otros preceptos como lo señala la apoderada de Porvenir S.A..

Ahora, aun cuando se insiste en que los traslados horizontales entre administradoras del régimen de ahorro individual por parte del demandante constituyen actos de relacionamiento con los que se perfecciona el acto ineficaz, de acuerdo con el criterio expuesto por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia; es del caso tener en cuenta que dicho criterio fue precisado por la Sala Permanente de la misma Corporación en la sentencia SL 1055 de 2022 en los siguientes términos:

“De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022

y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”

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 el servidor 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 DAVIVIR hoy Protección y como consecuencia de ello los traslados posteriores dentro del mismo régimen, 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 se encuentra afiliado a la AFP Porvenir S.A., 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 Protección S.A. y Colfondos S.A. se encuentran obligadas a devolver las sumas que recibieron por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado, de manera que ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el servidor 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 el 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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.

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 las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías privadas, que en el término de treinta (30) días hábiles den 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.

Ahora, en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención dentro del proceso se hizo necesaria en la medida que es el actor del sistema de



pensiones al que debe retornar el afiliado; y en tal sentido, a juicio de esta Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P..

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 las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes que les 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

 h Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2020 00393 01. h Proceso Ordinario Ricardo Garzón
contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 008 2019 00139 01. Proceso Ordinario de Marlene Díaz Ruiz contra Colpensiones y otras (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 la entidad demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicita la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de que en condición de compañera permanente del causante, Alan Jamir González Campos, le asiste derecho a que las demandadas Seguros de riesgos Profesionales Suramericana S.A., Textiles Miratex SAS y Colpensiones, de acuerdo a sus competencias y responsabilidades reconozcan y paguen la pensión de sobrevivientes a partir del 28 de julio de 2018; junto con los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



Como fundamento de sus pretensiones señaló en esencia que convivió con el señor Alan Jamir González Campos bajo el mismo techo de forma continua e ininterrumpida desde el 5 de abril de 2012 hasta la fecha en que éste falleció, el 28 de julio de 2018; y que su relación trascendió a la vida jurídica, mediante la declaración de una Unión Marital de Hecho.

Refirió que el causante fue valorado el 8 de septiembre de 2016 por Colpensiones, la que determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 52% de origen común y como fecha de estructuración el 20 de abril de 2015.

Afirmó que el causante fue valorado por Medicina Laboral de la Nueva EPS el 23 de septiembre de 2016, y que en esa oportunidad se determinó que el origen de las patologías sufridas era profesional.

Expuso que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca profirió dictamen de pérdida de capacidad laboral el 5 de octubre de 2017 en el que determinó que el origen de su enfermedad era profesional y que tal determinación fue confirmada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 25 de abril de 2018.

Señaló que el 18 de julio de 2018 fue calificado por la ARL Sura para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y que el 28 de julio de la misma entidad falleció por el diagnóstico de: *“Cáncer anal localmente avanzado irresecable metastásico a pulmón”, “portador de colostomía derivativa”, “desnutrición proteico calórica” y “asma ocupacional”*.

Relató que para el momento de su fallecimiento el causante se encontraba vinculado laboralmente con la empresa Textiles Miratex SAS y contaba con



más de 50 semanas pagadas y cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones.

Añadió que el 14 de agosto de 2018 radicó la documentación requerida para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes ante Colpensiones, y que dicha entidad declara la pérdida de competencia y ordena remitir la remisión de la solicitud a la ARL Sura; determinación en contra de la que interpuso recurso de reposición y apelación, y fue confirmada por dicha entidad.

Una vez notificadas, las accionadas dieron respuesta a la demanda oportunamente en oposición a las pretensiones. Seguros de Vida Suramericana S.A. adujo en esencia que existe un dictamen pericial en que se determinó que el origen de la enfermedad del causante es común y que además el causante falleció por una enfermedad de origen común. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó causa de la muerte es por enfermedad de origen común- Tumor maligno del recto-, existencia de una calificación en firme sobre origen común, inexistencia de la obligación de seguros de vida suramericana de asumir las prestaciones económicas pretendidas, falta de legitimación en la causa por pasiva -Seguros de Vida Suramericana, prescripción, entre otras.

Colpensiones sostuvo que la demandante no acredita los requisitos establecidos en la ley para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y prescripción.

Textiles Miratex SAS sostuvo que no es la llamada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones que



se pretenden deducir en juicio, cobro de lo no debido, ausencia de título y causa en las pretensiones de la demandante, ausencia de la obligación en la demandada, pago total y prescripción.

El Despacho Judicial de primer grado condenó a la demandada Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia reclamada; al considerar en esencia que el causante falleció a causa de una enfermedad de origen común y que la demandante acreditó la condición de beneficiaria.

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 previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. corresponde a la Sala determinar si Colpensiones en condición de administradora del régimen de prima media con prestación definida se encuentra obligada al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a favor de la demandante con ocasión al fallecimiento del afiliado Alan Jamir González Campos.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado que el causante, Alan Jamir



González Campos se encontraba afiliado al sistema general de pensiones a Colpensiones, en donde acumuló un total de 1.245,71 semanas hasta el momento de su muerte, ni que falleció el 18 de julio de 2018. Aspectos que por demás se encuentran acreditados con el reporte de semanas cotizadas expedida por Colpensiones¹ y el registro civil de defunción² del señor González Campos.

De acuerdo con los anteriores supuestos el causante en condición de afiliado, en los términos del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 <<modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003>>, cumple los requisitos de causación de la prestación de sobrevivencia reclamada, en tanto que acumula más de 50 semanas de cotizaciones en los 3 años anteriores a su fallecimiento.

Ahora; a pesar de que la entidad accionada en las resoluciones SUB 253983 del 25 de septiembre de 2018 y SUB315702 del 3 de diciembre de la misma anualidad, determinó que no era la competente para reconocer la prestación deprecada en tanto que previamente se había determinado que le había sido diagnosticada enfermedad de origen laboral; es del caso tener en cuenta que de acuerdo con la historia clínica del causante³, la causa de su fallecimiento fue “*TUMOR MALIGNO DEL RECTO*” y de acuerdo con los dictámenes médicos practicados por la Nueva Eps⁴, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá⁵ y Cundinamarca y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez⁶, la patología calificada como de origen laboral fue la de “*Asma, no especificada*”.

En tal contexto, a pesar de que la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL207 del 26 de enero de 2022, reiteró que son incompatibles

¹ Cfr fls 34 a 40 del expediente físico.

² Cfr fl 12 ibídem.

³ Cfr fls 255 a 259 ibídem.

⁴ Cfr fls 21 y ss ibídem.

⁵ Cfr fls 25 a 28 ibídem.

⁶ Cfr fls 29 a 33



las diferentes prestaciones de los subsistemas de riesgos laborales y pensional, frente a un mismo suceso, y que por ende tampoco es procedente el reconocimiento de dos pensiones de sobrevivencia cuando se originan en el mismo evento⁷; lo cierto es, que en el presente asunto no se acreditó que la causa de la muerte del causante fuera de origen laboral, pues la patología que produjo tal infortunio no fue calificada como tal.

Establecido como se encuentra la causación del derecho y su responsabilidad de Colpensiones frente a la misma, corresponde a la Sala determinar si la demandante acredita la condición de beneficiaria de tal derecho; con tal propósito, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia laboral entre otras en sentencias SL1730 de 2020, SL 5270 de 2021 y SL 3948 de 2022, bajo una nueva hermenéutica del literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, consideró que en el caso de la muerte del afiliado sus beneficiarios(as) no deben acreditar un término mínimo de convivencia, en la medida que el requisito de los 5 años de convivencia había sido previsto frente a la muerte del pensionado.

Al efecto la alta Corporación en la sentencia SL 5270 de 2021, luego de efectuar un prolijo análisis del precepto legal en mención, así como de lo indicado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1035 de 2008, C-1094 de 2003 y C-336-2014, en extenso concluyó:

*“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo*

⁷ “A la luz de lo explicado, la Corte concluye que existe incompatibilidad entre las pensiones de sobrevivientes del sistema general de riesgos laborales y la del sistema general de pensiones, cuando el acto generatriz de la prestación emerge de un mismo evento, acontecimiento o suceso, por lo que la sala reitera la nueva línea de pensamiento adoptada en la sentencia CSJ SL5092-2020.”



como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

*La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una **legítima finalidad**, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, **la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece**, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).*

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo **mínimo** de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.”*

Consideraciones a las que más adelante agregó:

“Conviene advertir que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CP ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo



puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto.”

De acuerdo con el precedente jurisprudencial en mención, corresponde verificar si la demandante acreditó efectivamente su condición de compañera permanente, para lo cual corresponde verificar una convivencia real y efectiva, con vocación de permanencia, marcada por una voluntad de acompañamiento, auxilio mutuo, comprensión y conmiseración.

Al respecto, advierte la Sala que, de un análisis conjunto de los diferentes medios de convicción aportados, que se encuentra efectivamente acreditado que la demandante ostenta la condición de compañera permanente del causante.

En efecto, de acuerdo con las declaraciones vertidas al proceso por la demandante al absolver interrogatorio de parte, así como por el deponente



Juan José Forero Acuña, se advierte con meridiana claridad que la demandante convivió como pareja con el causante desde el mes de abril de 2012 hasta el momento de su fallecimiento.

Declaraciones que guardan coherencia con el acta de conciliación que el causante suscribió con la demandante ante la Personería de Bogotá el 12 de diciembre de 2016, en donde declararon la existencia de una unión marital de hecho desde el 5 de abril de 2012; así como, con el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en donde se consignó que el propio causante manifestó convivir con su compañera permanente y con la historia clínica expedida por la Clínica Meredi en donde se consignó que el 27 de julio de 2018, esto es un día antes del deceso, se le explicó “*a la esposa la sra marlen diaz (sic)*” que el causante no era candidato a maniobras de reanimación.

En las condiciones analizadas, a juicio de la Sala dimana con meridiana claridad que la demandante sí ostentaba la condición de compañera permanente del causante para el momento de su muerte y que, en razón a ello, de acuerdo con el criterio sentado por la Máxima Corporación de Justicia Laboral, resulta procedente el reconocimiento de la prestación de sobrevivencia a favor de la demandante, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

Tampoco merece reproche alguno la determinación acogida en torno a la improsperidad de la excepción de prescripción, en tanto que el derecho pensional se causó el 28 de julio de 2018 y la demanda se presentó el 25 de febrero de 2019, esto es, dentro del término trienal establecido en el artículo 151 del C.P.T. y S.S.



En las condiciones analizadas, no resta a la Sala más que confirmar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado. No se impondrá condena en costas en la alzada en tanto que la decisión de primera instancia se conoció en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

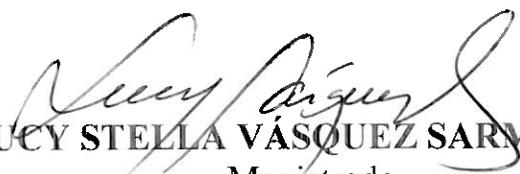
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

**NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.**

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-009-2019-00878-01. Proceso Ordinario de Alirio Gómez Rodríguez contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 30 de noviembre de 2021; así como, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en el A.L. 01 de 2005 y que como consecuencia de la anterior, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del momento en que cumplió 60 años de edad, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó se



condenar al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva debidamente indexada.

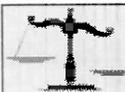
Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual nació el 14 de febrero de 1947; que prestó el servicio militar por el período comprendido entre el 1º de noviembre de 1968 y el 30 de julio de 1970, afiliándose al entonces ISS por el interregno establecido entre el 1º de junio de 1973 y el 31 de marzo de 2012; que al 1º de abril de 1994 contaba con 47 años de edad, había cotizado más de 550 semanas, incluyendo el tiempo del servicio militar, siendo beneficiario del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993; que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el año 2010, la que fue resuelta de forma desfavorable mediante la resolución No. 103828 del 12 de abril de 2010, bajo el sustento que no había cotizado 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión; contra la anterior decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, los que fueron resueltos mediante los actos administrativos No. 018013 del 26 de mayo de 2011 y No. 05023 del 18 de octubre de la misma anualidad; que elevó nueva petición ante Colpensiones, la que fue desatada en contra de las pretensiones del demandante mediante la resolución GNR 186913 del 19 de julio de 2013, en la que se indicó que el actor acreditó un total de 6.266 días laborados, correspondientes a 895 semanas; que interpuso recurso de reposición y apelación, sustentando el mismo, en que se incluyeran los tiempos cotizados por las fuerzas armadas, desatando el primero de los mencionados mediante el acto administrativo GNR 077018 de 2014, en la que se incluyó el término solicitado, acreditando un total de 985 semanas; que el actor era beneficiario del régimen de transición, toda vez, que acredita más de 750 semanas al 25 de julio de 2005, de conformidad con el A.L. 01 de 2005; que el actor podría pensionarse de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, que exige 50 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad y 55 o 60 años, siendo beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el A.L. 01 de 2005, por lo que podría pensionarse con 500 semanas hasta el mes de



julio de 2010 y en todo caso, podría acreditar las 1.000 semanas hasta el 31 de diciembre de 2014; que el actor estuvo cotizando mediante el Fondo de Solidaridad, siendo desvinculado de forma injusta a la edad de 65 años.

La *aquo* absolvió a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en el entendido que el actor no mantuvo el régimen de transición contemplado en el A.L. 01 de 2005, por lo que bajo tal presupuesto, el estudio se debía efectuar conforme con la Ley 797 de 2003, estableciendo que si bien cumplió con la edad para tal fin, no ocurría lo mismo respecto de las mesadas cotizadas, pues no acreditó 1300 semanas en su vida laboral. No obstante, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, debiéndose incluir los tiempos del servicio militar comprendido entre el 11 de noviembre de 1968 al 30 de julio de 1970 y las cotizadas desde febrero de 1995 y hasta febrero de 2012, prestación que debía reconocerse debidamente indexada, no obstante, se hace necesario efectuar el descuento respectivo frente a los aportes realizados por parte del Fondo de Solidaridad Pensional.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida, ya que de conformidad con el principio de proporcionalidad y condición más beneficiosa, cuando una persona ha laborado más del 75% del tiempo de trabajo se desconoce el valor que tiene el trabajo como valor fundamental del Estado, ello conforme con el artículo 1º de la Constitución Política, así como, con el artículo 25, sin que se pueda pasar por alto las diferencias en el tema de semanas, pues el demandante al 31 de julio de 2005 contaba con las 750 semanas para acceder al régimen de transición, prolongando éste hasta el 2014 y además cumpliendo con las 1.000 semanas, pues hay contradicciones en las resoluciones tanto del extinto ISS, como de Colpensiones, pues se refieren entre 985, 903 y demás semanas, siendo que en la sentencia se manifiesta un total de 995, por lo que no existe un patrón uniforme en el densidad de semanas cotizadas, más aún, cuando



de incluirse el tiempo laborado con el Ministerio de Defensa, se alcanza la densidad de semanas prevista en la Ley. Adujo, que se encuentra acreditado que el actor cotizó por más de 40 años, debiéndose verificar su fidelidad al sistema, tal como se demuestra en su historia laboral y que por errores de sus empleadores como aparece en las resoluciones del extinto ISS, en las que se indica que hay cotizaciones incompletas o extemporáneas se hace nugatorio el derecho, vulnerándose el derecho de progresividad, pues la idea es ampliar los derechos a todos los miembros de la población y en especial el principio de seguridad social ampliando su cobertura, por lo que no se puede llegar a conclusión diferente, a que el actor sí cumplió las 1.000 semanas y es procedente el reconocimiento de la prestación.

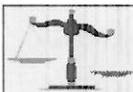
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa parcialmente 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.

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 la parte demandante peticiona el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si efectivamente, el actor es beneficiario del régimen de transición o si por el contrario, no es procedente el reconocimiento de dicha prestación y en su lugar, se deba proceder con el estudio de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.



En ese sentido, cumple recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad <<40 años para el caso de los hombres>> o el de tiempo de servicios cotizados <<15 años de servicios o cotizaciones>>.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.



En el asunto, acorde con la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa en el expediente administrativo aportado por Colpensiones a folio 131 del plenario, se puede establecer que el demandante, al 1º de abril de 1994, tenía cumplidos 47 años de edad, por lo que puede decirse que el señor Alirio Gómez Rodríguez, por la edad es beneficiario del régimen de transición.

En ese orden de ideas, como el actor es beneficiario del aludido régimen transicional, la Sala debe señalar que el régimen pensional, en lo relativo a la contingencia de vejez, que se encontraba vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para quienes durante toda su vida laboral estuvieron afiliados, y cotizaron para el efecto, al Instituto de Seguros Sociales, es el contenido en el Decreto 758 de 1990.

El artículo 12 del Decreto en cita establece que tienen derecho a la pensión de vejez quienes llegaren a la edad de sesenta (60) años si son hombres, o cincuenta y cinco años (55) si son mujeres y; hubieren efectuado al menos cotizaciones equivalentes a quinientas (500) semanas en los veinte (20) años previos al cumplimiento de la edad requerida, o mil (1.000) semanas de cotización en cualquier tiempo.

En el caso bajo estudio, encuentra la Sala que el accionante cumple con el requisito de edad para consolidar el derecho a la pensión, como quiera que la norma exige para ese efecto, sesenta (60) años de edad o más, edad a la que arribo el 14 de febrero de 2007, por lo que bajo tal presupuesto, debe acreditar el requisito de semanas cotizadas antes del 31 de julio de 2010; no obstante, frente al requisitos de las 1.000 semanas en cualquier tiempo no se acredita, por cuanto a la calenda ya referida abría cotizado tan solo 946.42 y frente a las 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 14 de febrero de 2007 y el 14 de febrero de 1987, acreditó un total de 321.03 semanas, por lo que bajo tal supuesto no le asiste derecho a la pensión de vejez.



Sin embargo, se procederá con el estudio de las 750 semanas fijadas por el A.L. 01 de 2005, advirtiéndose desde ya que el actor no acredita la densidad de semanas establecidas en la norma en mención, pues tan sólo acredita un total de 740.71 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, cotizaciones dentro de las cuales se tuvo en cuenta el tiempo servido al Ministerio de Defensa Nacional, por lo que no extendió el régimen de transición al año 2014.

Así las cosas, no le quedaría otra opción al señor Gómez Rodríguez que acreditar los supuestos contemplados en la Ley 797 de 2003, que no son otros que acreditar 62 años de edad y 1.300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, presupuestos de cotizaciones que tampoco acredita el actor, pues en su vida laboral aportó al Sistema General de Pensiones un total de 993.57 semanas, por lo que no es posible el reconocimiento de la pensión de vejez que depreca la parte actora.

Ahora bien, debe señalarse, que si bien el principio de progresividad y favorabilidad propenden por ampliar la cobertura en la población tanto de los derechos a la seguridad social, como mínimo vital, también lo es, que tal situación no puede desconocer los postulados normativos establecidos para el reconocimiento de las contingencias que ampara el Sistema Integral de Seguridad Social.

Advertido lo anterior, se debe proceder con el estudio referente a la indemnización sustitutiva, que se encuentra regulada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, que se dispone:

***“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.** Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el*



número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Atendiendo la norma a la que se ha hecho referencia, en efecto la misma fija tres requisitos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el primero de ellos es que haya cumplido la edad para el reconocimiento de la pensión de vejez; el segundo, es que no haya alcanzado la densidad necesaria de semanas para el reconocimiento de tal prestación; y el tercero, que manifieste su imposibilidad para continuar cotizando al Sistema General de Pensiones.

De acuerdo con lo anterior, el actor acredita los requisitos necesarios para proceder con el reconocimiento de la prestación, pues se reitera, que con la fotocopia de la cédula de ciudadanía y el registro civil de nacimiento que reposan en el expediente administrativo, el demandante acreditó la edad de 60 años el 12 de febrero de 2007, cotizó 993.57 semanas, dentro de las cuales se tuvo en cuenta el tiempo servido al Ministerio de Defensa Nacional, de conformidad con la historia laboral visible a folio 4 a 8 del plenario y mediante la demanda solicitó el reconocimiento de la prestación estudiada, de lo que se extrae la imposibilidad para seguir efectuando cotizaciones al Sistema General de Pensiones; sin embargo, debe hacerse una precisión, que si bien algunos de los aportes fueron efectuados con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 que estableció la indemnización sustitutiva de los diferentes riesgos(01/11/1968 al 31/03/1994 de forma interrumpida), tanto para la invalidez, la vejez y la muerte, también lo es, que de acuerdo con la definición jurisprudencial ya decantada por nuestro máximo tribunal de cierre, se logra determinar I) que no existe norma que lo prohíba o restrinja, II) que tanto la ley 100 de 1993, como el Decreto 1730 del 2001 reconocen los períodos cotizados con anterioridad a la norma que reguló el Sistema Integral de Seguridad Social y III) que ante el no reconocimiento de esta prestación, la entidad estaría en curso de un enriquecimiento sin causa, por lo que es factible la concesión de la



indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, aun cuando los aportes o cotizaciones hayan sido efectuados con anterioridad al 1º de abril de 1994¹.

Ahora bien, frente a los tiempos no cotizados al entonces Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones por parte del Ministerio de Defensa Nacional, se debe hacer mención a la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral con radicado No. 28503 del 15 de marzo de 2007, M.P. Dr. Luis Javier Osorio López, en la que se indicó:

“Por su parte el artículo 13 ibídem, contentivo de las características del sistema general de pensiones, dispuso en su literal f), que:

“Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.”
(Negrilla fuera de texto).

De otro lado, el artículo 5º del Decreto 2222 de 1995, dispuso que para quienes fueron servidores públicos, no afiliados al I.S.S., pero al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, si lo estaban, como es el caso del afiliado Ricardo Alberto Sebastián Arango Fonnegra, dicha entidad les reconocerá la indemnización sustitutiva correspondiente, teniendo en cuenta todo el tiempo de servicios, y cobrará a los empleadores del sector público las cuotas partes a que haya lugar, lo anterior

1. ¹ En conclusión, la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes es una prestación contemplada en el artículo 49 de la Ley 100 de 1993, en favor de los miembros del grupo familiar de un afiliado al SGP que al momento de su muerte no hubiese reunido los requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez. Su reconocimiento no se restringe a que su origen y perfeccionamiento se haya dado con posterioridad a la promulgación de la Ley 100 de 1993. Para la Corte eso es así en atención a que (i) no hay disposiciones legales que lo restrinja; (ii) la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001 reconocen los períodos cotizados antes de la entrada en vigencia de la precitada Ley y; se debe dar eficacia a la prohibición del enriquecimiento sin justa causa.



desde luego en tratándose de las prestaciones de servicios a entidades del orden nacional. (...)”.

Así mismo, de forma más reciente, la Alta Corporación en sentencia con radicado No. 47095 del 16 de mayo de 2018, M.P. Dr. Rigoberto Echeverry Bueno, precisó:

“4. Por otra parte, en el análisis del reconocimiento de la prestación pedida, debía tenerse en cuenta que la propia Ley 100 de 1993, en el literal f) de su artículo 13, reconoce que «...para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.» (Resalta la Sala).

En igual dirección, el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001 dispone claramente que «...cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado...» y que «...para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.» (Resalta la Sala).

En este caso, de acuerdo con el documento obrante a folios 6 a 8, los periodos servidos por el actor habían sido cotizados a la Caja Nacional de Previsión Social y, por lo mismo, representaban cotizaciones anteriores a la Ley 100 de 1993, efectuadas a una caja pública, de manera que estaban expresamente aceptadas por la norma para efectos del reconocimiento de pensiones o «...prestaciones...», como la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Así también lo ha considerado la Sala incluso respecto de tiempos públicos no cotizados, en decisiones como la CSJ SL, 15 mar. 2007, rad. 28503.

En ese orden de ideas, el señor Alirio Gómez Rodríguez tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la que debe ser liquidada teniendo en cuenta lo expuesto en el artículo 3° del



Decreto 1730 de 2001², no obstante, tal como lo indicó la falladora de primer grado, no es posible efectuar en esta instancia el cálculo de la misma, como quiera, que como el actor efectuó aportes mediante el régimen subsidiado de pensiones, se deberán descontar los subsidios otorgados y en tal sentido, se procederá con la devolución de los aportes efectivamente realizados por el demandante, sin que haya lugar a tener en cuenta las contribuciones efectuadas mediante el mencionado fondo de solidaridad, monto que una vez determinado por la Administradora Colombiana de Pensiones, deberá ser indexado al momento de su pago, con ocasión de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

² **ARTÍCULO 3º-Cuantía de la indemnización.** Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

Dónde:

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

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

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

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

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



En cuanto a la prescripción de las indemnizaciones sustitutivas, esta Sala de Decisión acoge lo indicado por la H. Corte Constitucional, como en la sentencia con radicado T 122 de 2016, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en la que indicó:

“Ahora, si bien la Gobernación de Antioquia alegó dentro de su respuesta que tiempo atrás habían celebrado con el actor un acuerdo de retiro voluntario en el que se entendía que aceptaba un determinado valor económico por concepto de cualquier factor legal o extralegal que considerara le asistía, lo que, a su juicio, debía comprender la indemnización sustitutiva, lo cierto es que dicha prestación es considerada un derecho irrenunciable e imprescriptible del trabajador que no puede ser transado de esta manera y el cual debe liquidarse de conformidad con lo que la ley indica.

Adicionalmente, al demandante le asiste dicho derecho pues es claro que no tiene la capacidad física ni económica para continuar cotizando y aportando al sistema pensional, luego resulta desproporcionado obligarlo a cumplir la cantidad de semanas exigidas para obtener un tipo de protección estatal proveniente del sistema general como lo es la pensión de vejez, pues ello desconoce la finalidad del sistema el cual debe procurar por dar una protección universal y progresiva que extienda su cobertura y beneficios para todos sus afiliados.”.

Así las cosas, se tiene que el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez es imprescriptible, ya que se concede como una garantía para la persona que no alcanza los requisitos necesarios para adquirir su derecho pensional, por lo que no se puede disponer de forma absoluta ni por el afiliado, ni por la administradora a la cual se encuentra vinculado, esto ya que no se puede renunciar, ni perderse por el simple transcurso del tiempo, por lo que se confirmará en su integridad la decisión adoptada por la falladora de primer grado.

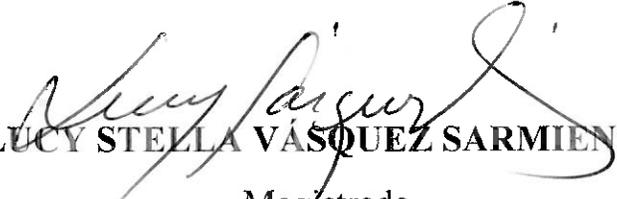
Finalmente, no se efectuará pronunciamiento alguno referente a la absolución de los intereses moratorios, como quiera que la parte interesada no efectuó pronunciamiento o inconformidad alguno mediante el recurso de apelación.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la demandada y sin ellas en esta instancia, dado el estudio íntegro de la decisión.



DECISIÓN:

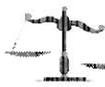
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de septiembre de 2021, conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS.** Sin costas en esta instancia dado el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada; las de primer grado a cargo de la encartada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 010 2020 00476 01. Proceso Ordinario
Nancy Stella Bermeo 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 apoderadas de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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 10 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la AFP Protección S.A. no le suministró información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente al momento de suscribir el formulario de afiliación y como consecuencia de ello de la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizó el 7 de septiembre de 1994; se condene a dicha a AFP a realizar el

traslado a Colpensiones de todos los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual de ahorro pensional, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional; y a Colpensiones a recibir dichos recursos.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 1º de enero de 1965 y se vinculó a través de su empleador al Instituto de Seguros Sociales el 29 de marzo de 1985, en donde efectuó cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1994.

Afirmó que el 7 de septiembre de 1994 un asesor comercial de la AFP Protección S.A., visitó su lugar de trabajo y le ofreció la posibilidad de vincularse a dicha administradora; para lo cual le indicó que podría pensionarse a cualquier edad, que el momento de su mesada pensional sería más alto que en el régimen de prima media, y que el ISS estaba próximo a desaparecer.

Refirió que el asesor de la AFP Protección, al momento de su vinculación, no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en relación con las características del régimen de ahorro individual con solidaridad y del régimen de prima media con prestación definida, ni acerca de las condiciones en que se reconoce el derecho pensional en uno y otro régimen, entre otros aspectos.

Agregó en similar sentido que la AFP Porvenir S.A., administradora a la que se encuentra afiliada actualmente, omitió brindarle información acerca de que entre los años 2012 y 2013 estaba próxima a entrar en la prohibición de traslado de régimen, para que tomara la decisión que más le beneficiara.

Refirió que de acuerdo con documento emanado de la AFP Porvenir S.A. el 19 de octubre de 2020, sobre un salario base de liquidación de \$3'656.153,00, tendría derecho a una mesada pensional de \$877.803,00; pero que si estuviera afiliada a Colpensiones el monto de su mesada pensional sería de \$2'373.481,00, de acuerdo con el promedio salarial de los últimos 10 años y una tasa de remplazo del 64,92%.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones sostuvo en síntesis que dentro del proceso obran medios de prueba documentales que permiten determinar que el traslado de la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual e inexistencia del derecho y de la obligación.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se produjo con la AFP Protección, pero que éste reiteró su voluntad de pertenecer al RAIS con el traslado horizontal que efectuó con la AFP Colmena y posteriormente al fondo por ella administrado el 28 de septiembre de 2001, el cual se produjo de manera libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. indicó que el acto de traslado del demandante es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y además cumplió con los requisitos de existencia de validez. 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 del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima

de seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en razón a ello condenó a las AFP Porvenir S.A. y Porteción S.A. a trasladar a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, incluidos los rendimientos y las sumas descontadas por gastos de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexados, así como los porcentajes destinados al fondo de pensión mínima, para lo cual les confirió el término de 15 días y la obligación los documentos correspondientes al pago efectivo, para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se efectuó en los términos ordenados.

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

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Porvenir S.A. aduce en primer término que la demandante al momento del traslado era una persona capaz, y tomo una decisión libre, voluntaria e informada, que en el año 2004 todos los fondos realizaron una publicación, mediante la que informaron a los afiliados que podían trasladarse de régimen y que aunado a ello la demandante se encuentra incurso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Afirma que dentro del proceso no se estableció alguno de los eventos previstos en el artículo 1741 del C.C. para declarar la nulidad absoluta o al menos relativa del acto del traslado, y que, por ese motivo, dicho acto tiene plena validez.

Agregó que a la demandante le asistía el deber estar informada y cerciorarse de los servicios que deseaba contratar y además contó con la posibilidad de exigir la información necesaria, precisa y suficiente, que posibilitaban la toma de decisiones informada.

De otra parte, sostiene que la condena al pago indexado es totalmente improcedente en la medida que la cuenta de ahorro individual del demandante no se ha visto afectada por el fenómeno de la inflación, y ha generado rendimientos superiores a los mínimos establecidos por el Gobierno Nacional.

Por su parte la apoderada de Colpensiones aduce en esencia que el traslado efectuado por la accionante es válido y no resulta procedente declarar que dicho es nulo o ineficaz, en tanto que obran dentro del expediente pruebas documentales suficientes que permiten determinar que se realizó de forma libre y voluntaria, y que el asesor sí le suministró la totalidad de la información.

Agregó que no se evidencia algún vicio del consentimiento en el acto del traslado y que aunado a ello se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Finalmente solicita se absuelva a su representada de la condena en costas en tanto obró bajo el principio de la buena fe.

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 nulidad 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 resulta procedente ordenar la devolución indexada de los gastos de administración y la codena en costas en contra de 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 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la

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 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."

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 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 AFP Protección S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin

embargo, contrario a lo que plantea la apoderada de Colpensiones, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto a la accionante 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, 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”*, de manera que no es necesario acreditar la existencia de algún vicio del consentimiento en los términos del artículo 1741 del Código Civil, como lo plantean las recurrentes; 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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y como consecuencia de ello, de las demás afiliaciones que se produjeron dentro del mismo régimen pensional, 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; 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 manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 o cualquier otra disposición que regula el traslado de régimen.

En tal sentido, como la demandante se encuentra afiliado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Protección S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada, de manera que ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por 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, 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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.

De otra parte, 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 el servidor 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 de la demandante, viéndose por tanto afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda al no generar algún tipo de rendimiento o rentabilidad mínima.

Ahora, en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado de la accionante al régimen de ahorro individual y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención dentro del proceso se hizo necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar la afiliada; a juicio de esta Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P.; razón por la que se revocará la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado, para en su lugar, absolver a Colpensiones de la condena en costas.

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,

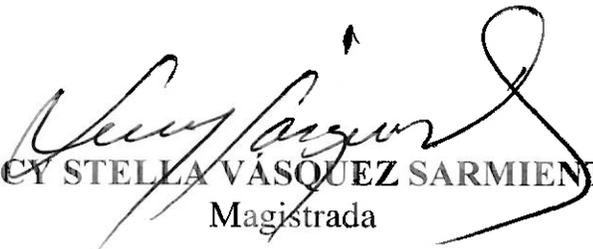
RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE los ordinales tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **ORDENAR** la devolución indexada únicamente de los gastos de administración incluidos los descuentos destinados a cubrir las primas de seguros previsionales.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- COSTAS. En primera instancia únicamente a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 014 2019 00096 01. Proceso Ordinario Solange Núñez Quintero 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 apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos frente a la sentencia proferida por Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como de la nulidad del acto mediante el cual se produjo su traslado por existir vicios en el consentimiento ante la inadecuada asesoría; se ordene el traslado al régimen de prima media con



prestación definida junto con el ahorro y los rendimientos en el régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 13 de agosto de 1966 y que efectuó aportes al régimen de prima media con prestación definida hasta el 29 de septiembre de 1999,

Afirmó que se afilió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en octubre de 2001, para lo cual el asesor de esta administradora suministró informaciones confusas, aduciendo que dicha administradora era muy rentable y brindaba mejores beneficios, que se podría afiliarse a la edad que quisiera, sin explicarle que tenía que efectuar mayores aportes, que si continuaba en el ISS corría mucho riesgo dado que estaba quebrado y que la pensión a sería superior a la reconocida por Colpensiones.

Refirió que el asesor de Porvenir jamás le dio a conocer las consecuencias negativas de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, ni se le entregó información clara y suficiente, donde le explicara los efectos que le acarrearía dicho traslado.

Relató que luego de darse cuenta de la equivocación a la que fue inducida el 7 de diciembre de 2018 suscribió formulario de afiliación y radicó derecho de petición ante Colpensiones; y que ésta le respondió que era procedente dar trámite a su solicitud.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones adujo que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, consciente y sin presiones, y que además se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad



de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que la demandante recibió una asesoría comparativa de los dos regímenes, de su funcionamiento, características, ventajas y desventajas, para que basada en sus condiciones optara por uno u otro régimen de forma libre, espontánea y sin presiones. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa.

El Despacho Judicial de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y le ordenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración; y le ordenó a Colpensiones los aportes realizados a favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, y además le ordenó a dicha entidad, a Colfondos S.A. y a Protección S.A. trasladar a Colpensiones en forma indexada los valores que hubiere descontado de los aportes pensionales del demandante.

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



FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. solicitó se revoque la decisión de primer grado y que en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual consideró en esencia que en virtud de lo establecido en el artículo 9º del Código Civil la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y que en razón a ello se debe presumir que la misma es conocida por todos los habitantes.

Agrega en el mismo sentido que por tratarse de un sistema obligatorio, establecido en normas de carácter público; las condiciones de afiliación, traslado y cotizaciones se encuentran contenidas en la misma; y que en tal sentido la demandante debía conocer la información que le permitiera la decisión de trasladarse de régimen pensional; sin que la demandante estuviera exonerada de acreditar las condiciones especiales que le impidieron conocer la Ley 100 de 1993.

En caso de que se confirme la determinación relativa a la declaratoria de la ineficacia de régimen, se absuelva a su representada de devolver lo descontado por comisiones y gastos de administración; en tanto se trata de conceptos autorizados a descontar por la ley como consecuencia de la buena administración que se ejerció sobre el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante; y que de ordenarse el traslado de tales recursos se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Refiere en el mismo sentido que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 establece los recursos que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, sin hacer mención alguna a los gastos de administración.

Agrega que en tanto tales recursos no forman parte del derecho pensional, frente a ellos opera el fenómeno de la prescripción.



Por su parte la apoderada de Colpensiones solicita se revoque la sentencia de primer grado o en su lugar, se condene a la AFP en la que estaba afiliada la demandante al reconocimiento y pago de los perjuicios económicos que ello le acarrea a su representada.

Aduce al efecto que la servidora judicial de primer grado dejó de tener en cuenta que su representada es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP del régimen de ahorro individual; y que en razón no puede ser perjudicada o beneficiada por la misma.

Agrega que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 y que la decisión de declarar la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad del sistema general de pensiones, amparado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

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 procede ordenar el traslado de los gastos de administración.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado de la 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 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



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

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 CSJSL, 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."

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 el caso objeto de estudio la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., en su momento debió ofrecer a la 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 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 se está dando una aplicación retroactiva a otros preceptos como lo señala la apoderada de Porvenir S.A..

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 libera 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 que acogió por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Horizonte, hoy 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 2º de la



Ley 797 de 2003>>; de manera que, como la demandante continúa afiliada a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver el saldo total de la cuenta de ahorro individual; así como de los valores que recibió por concepto de 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; razón por la que se adicionará la sentencia de primer grado a efectos de ordenar la devolución de los descuentos no señalados por la servidora judicial de primer grado, a saber los valores destinados al pago de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima.

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 comisiones y 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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.



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 Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles de cumplimiento a la orden impartida en su contra, razón por la que también 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.

Ahora, en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado de la accionante al régimen de ahorro individual y que



dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención dentro del proceso se hizo necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar la afiliada; a juicio de esta Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P..

Hasta aquí el análisis de la Sala, costas en esta instancia a cargo de 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 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los descuentos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las primas de seguros previsionales, durante el tiempo de afiliación de la demandante.

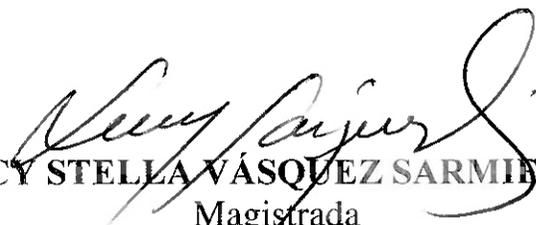
SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a la

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

**NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.**
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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 015 2021 00368 01. Proceso Ordinario
Marisel Parra Ulloa contra Colpensiones y Otros (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 recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que como consecuencia de ello siempre estuvo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el monto total existente de todo lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos,



intereses y demás frutos generados, junto con los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que inicialmente cotizó al Instituto de Seguros Sociales y que a partir del mes de marzo de 1995 se trasladó sin formación libre del convencimiento al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Colmena, hoy Protección S.A. y posteriormente se afilió a la AFP Porvenir S.A.

Afirma que su traslado no se dio en debida forma, pues no se le proporcionó la información clara, completa y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional; y que el asesor simplemente le indicó que el Instituto de Seguro Sociales se iba a acabar.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones adujo que no tuvo injerencia en el acto de traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que es a la demandante a quien le corresponde acreditar que se presentó algún vicio en el consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. indicó que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria a la AFP Colmena, después de recibir información clara, correcta, adecuada y suficiente sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que siempre la afiliación de la demandante al fondo por ella administrado se dio de manera libre y voluntaria, totalmente informada, a pesar de que tan solo con la expedición de del Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2015 las AFP adquirieron la obligación de asesoría e información tanto a sus afiliados como al público en general. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Frente a las súplicas de la demanda, el juez *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de la cuenta de ahorro individual correspondiente, junto con los rendimientos financieros; y a ordenó a Colpensiones recibir dichos recursos y reactivar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiera trasladado; sin imponer condena en costas.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, el cuales fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primer grado, para lo cual aduce en esencia que no es procedente acceder a la ineficacia del traslado, puesto que la demandante sí recibió la información correspondiente, no era una afiliada lega al contar con conocimientos financieros y, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, efectuó actos de relacionamiento al trasladarse dentro del mismo régimen.



AFP Porvenir S.A., el traslado de los gastos de administración y demás sumas que recibió con ocasión a la afiliación de la accionante.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado de la 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 emplearlos 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

Agregó a lo anterior que de acuerdo con el interrogatorio de parte la solicitud de ineficacia deviene del no cumplimiento de las expectativas económicas, pero este aspecto no concluye en una falta de información y que, a pesar de que la demandante tuvo la oportunidad de trasladarse al régimen de prima media no lo hizo.

De otra parte, aduce que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado se debe ordenar el traslado de la totalidad de la cotización, para lo cual afirma en esencia que el efecto jurídico de la afiliación desinformada es la ineficacia y que ello implica la devolución de todo incluidos los gastos de administración y cotizaciones.

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 es procedente ordenar a las

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.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento Cesantías y Pensiones Colmena, hoy Protección S.A., debió ofrecer a la 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 contrario a lo planteado por 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 a pesar de que al absolver interrogatorio de parte la demandante señala que el aspecto que la motivó a solicitar la ineficacia de la afiliación es de carácter económica, ello en modo desdibuja la falta al pluricitado deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones.

Ahora, aun cuando la recurrente insiste en que el traslado horizontales entre administradoras del régimen de ahorro individual por parte de la demandante constituye un acto de relacionamiento con el que se perfecciona el acto ineficaz, de acuerdo con el criterio expuesto por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia; es del caso tener en cuenta que dicho criterio fue precisado por la Sala Permanente de la misma Corporación en la sentencia SL 1055 de 2022 en los siguientes términos:

“De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”

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 el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Colmena, hoy Protección y como consecuencia de ello los traslados posteriores dentro del mismo régimen, 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; 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 manera que como la demandante actualmente continúa afiliado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las sumas que recibió por concepto de gastos de administración, descuentos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las primas de seguros previsionales, razón por la que se adicionará en este sentido la determinación al que respecto acogió el servidor judicial de primer grado.

En este mismo sentido, las AFP Protección S.A. se encuentran obligadas a devolver las sumas que recibieron por concepto de 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, razón por la que se adicionará la determinación la sentencia de primer grado, en tanto no efectuó pronunciamiento alguno sobre el particular por parte del servidor judicial de primer grado.

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 las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que también 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 adelante 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 condena en costas en la alzada, dada la prosperidad del recurso interpuesto y ante el conocimiento de la decisión de primera instancia 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 15 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir S.A. devolver 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, durante el tiempo de afiliación de la demandante.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales en los periodos en que la accionante estuvo afiliada.

TERCERO.- 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, den 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 recurrida, pero 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

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 015 2021 00368 01. n Proceso Ordinario Marisel Parra
Ulloa contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-015-2021-00506-01. Proceso Ordinario de Luz Marina Puyana Alarcón 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 el recursos de apelación presentado por la apoderada de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías protección S.A. y como consecuencia de la anterior, se tenga como válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por y las costas del proceso.



Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 21 de abril de 1969, por lo que al momento de radicar la demanda cuenta con 51 años, permaneciendo afiliado a Colpensiones por el período comprendido entre el 20 de abril de 1987 y el mes de diciembre de 1995; que a finales del año 1994 se acercaron los asesores de la FP Davivir hoy Protección S.A., quien le indicó que el ISS se iba a terminar, por lo que no iba a gozar de derecho pensional, por lo que sus semanas cotizadas se perderían, no se le informó los riesgos y desventajas del traslado; que en la proyección pensional debida su afiliación a Protección, se establece una mesada pensional por la suma de \$1.662.735, a la edad de 57 años, no obstante, la que le correspondería en Colpensiones sería por el monto de \$5.054.341, a la misma edad; que elevó solicitudes de ineficacia ante Porvenir S.A. el 29 de septiembre de 2020 y ante Protección S.A. el 22 de septiembre de la misma anualidad, obteniendo respuesta negativa de la segunda de las mencionadas el 5 de octubre de 2020; que elevó derecho de petición solicitando la ineficacia ante Colpensiones el 18 de septiembre de 2020, sin obtener respuesta alguna.

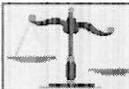
Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la entonces Davivir hoy Protección S.A. de fecha 30 de septiembre de 1994, ordenando a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, actualizando la historia laboral de la afiliada. 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, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida y en su lugar, se absuelva de las súplicas elevadas. Lo anterior, por cuanto de acuerdo con los hechos y pruebas recolectados en el proceso, sí se pudo concluir que se le brindó información a la demandante al momento del traslado, tenía conocimiento de las características del régimen escogido, a tal punto efectuó varios traslados horizontales, que de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, son actos de relacionamiento capaces de sanear la falta de información. Así mismo, por cuanto no se puede aducir una falta de información por no estar conforme con el monto de la prestación económica, conforme con el interrogatorio de parte. Frente a la falta de traslado de la totalidad de recursos, se debe indicar que la Corte Suprema en la sentencia SL 2877 de 2020, ha indicado que la sanción impuesta a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto y la falta de vínculo de los afiliados, por lo que se debe trasladar la totalidad de capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, dentro de los cuales se debe incluir los gastos de administración, comisiones, aporte al fondo de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a sus utilidades, pues desde el nacimiento del actor tales recursos debieron ingresar a Colpensiones, por lo que la sentencia tiene efectos retroactivos y en virtud de ello, se debe devolver lo recibido con el negocio jurídico, pues el contrato no surgió efectos entre ellas y se debe trasladar la totalidad de la cotización.

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 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 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

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

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.

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).

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 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 demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., así como 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.

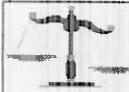
Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada 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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., así como el traslado horizontal 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 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 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, 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. Igualmente, Porvenir 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 actora, que fueron descontados durante el tiempo que se mantuvo la afiliación, por lo que se adicionará la decisión de primer grado en tal sentido.

Ahora bien, advierte esta Sala de Decisión que conforme con el certificado de SIAFP que aportó la demandada Porvenir S.A., se puede extraer que la actora también estuvo vinculada a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, no es posible adicionar la sentencia en el sentido de ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, como quiera que dicha administradora privada no fue vinculada al proceso, por lo que al emitirse una decisión en su contra se estaría vulnerando el derecho de defensa y debido proceso de la misma, máxime, que en audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., el juez negó la intervención de la misma, decisión contra la que no se interpuso recurso alguno, por lo que la decisión quedó ejecutoriada y en firme.

No obstante, la conclusión anterior no impide que de advertirse por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones la ocurrencia de un perjuicio ante la falta de pago de los conceptos ya mencionados, pueda acudir a las acciones administrativas o judiciales respectivas para obtener el resarcimiento de los mismos.

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 den cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia se mantendrán en la forma establecida por el fallador de primer grado y sin ellas en esta instancia, dado el estudio íntegro de las diligencias con ocasión del 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,

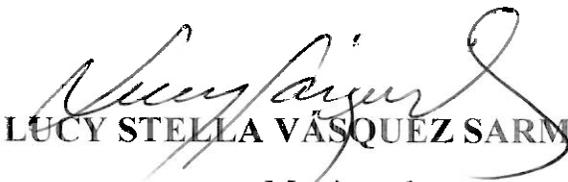
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida, en el sentido que se ordena la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, descontados en vigencia de la afiliación de la señora Luz Marina Puyana Alarcón, durante el término de permanencia de la misma en la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir 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. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-015-2021-00506-01. Proceso Ordinario de Luz Marina Puyana Alarcón contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **CUARTO: COSTAS** de primera instancia en la forma como indicó el fallador de primer grado y sin ellas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

**NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.**

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Ref.: Radicación N° 11001310501720160032401. Proceso Ordinario de Herbert Oscar Leal Díaz y Otros contra Optimizar Servicios Temporales S. A. y Otros. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

HERBERT OSCAR LEAL DÍAZ y GUIOVANNI CARILLO ARIZA convocaron a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S. A. y FONDO NACIONAL DEL AHORRO para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, en forma principal: a Optimizar como verdadero empleador y al Fondo del Ahorro responsable solidario como beneficiario de la obra, como consecuencia, reconocer y pagar, cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, indexación y costas procesales.

Subsidiariamente: al Fondo Nacional del Ahorro como verdadero empleador y a Optimizar solidariamente responsable como simple intermediario, como



consecuencia, reconocer y pagar, cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria; indexación, costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

El Fondo Nacional del Ahorro y Optimizar Servicios Temporales suscribieron contratos de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, el objeto del contrato 275 de 2014 fue el “*Contratar la prestación personal del servicio de una Empresa de Servicios Temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro*”, para su ejecución, ésta última contrató a los demandantes por “Obra o Labor Contratada” desde el 1 de diciembre de 2014, 16 de febrero de 2015 y 8 de abril de 2015 respectivamente, hasta el 30 de septiembre de 2015.

Herbert Oscar Leal Díaz se desempeñó en el cargo de Comercial IV con salario mensual de \$4.000.000, Erika Paola Quintero Técnico I con salario mensual de \$2.300.000 y Guiovanni Carrillo Ariza Auxiliar I con salario mensual de \$1.334.000.

Las funciones desempeñadas correspondían a los negocios normales del Fondo Nacional del Ahorros y no eran temporales, laboraban de 7:00 am a 5:00 pm en sus instalaciones. Por su parte, Optimizar Servicios no les canceló cesantías e intereses, prima de servicios y vacaciones, sometiéndose a proceso de Reorganización Empresarial ante la Super Sociedades no reconociendo como pasivos la liquidación de los demandantes sin ofrecerle fórmula de pago.

El informe de interventoría de los contratos 147 de 2015 y 275 de 2014 suscrito por Diana Carolina Barbosa en calidad de Coordinadora del Grupo de



Interventoría de la Corporación Interuniversitaria de Servicios concluyó que Optimizar Servicios Temporales se encontraba en inminente riesgo de incumplimiento de sus obligaciones contractuales y recomienda que el Fondo Nacional del Ahorro declare incumplimiento contractual.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 25 de agosto de 2016. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, las demandadas por intermedio de apoderado procedieron a dar contestación, así:

Optimizar Servicios Temporales oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que aceptaba unos y los restantes los negó o manifestó que no le constan; propuso como excepciones meritorias las de existencia de procedimiento concursal en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda y la genérica.

El Fondo Nacional del Ahorro – Carlos Lleras Restrepo oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que acepta unos y los restantes los negó o manifestó que no le constan; propuso como excepciones meritorias las de inexistencia de la obligación buena fe y compensación.

El Fondo Nacional del Ahorro efectuó llamado garantía de Liberty Seguros S.A. y Compañía Aseguradora de Fianzas S. A. – Seguros Confianza S.A., y el juzgado mediante auto del 19 de enero de 2018 lo admitió. Notificado en legal forma y corrido el traslado de ley, los llamados por intermedio de apoderado procedieron a dar contestación, así:



Liberty Seguros oponiéndose a las pretensiones del llamado y la demanda; respecto de los hechos sostuvo que son ciertos o no le constan; propuso como excepciones meritorias las de prioridad en la afectación de las pólizas N° DL006347 – DL007987 y DL008460 expedidas por la Compañía de Aseguradora Fianzas S.A. – Confianza S.A. aplicación preferente de pago, afectación de las pólizas DL007987 y DL008460 expedidas por la Compañía de Aseguradora Fianzas S.A. – Confianza S.A., la Compañía de Aseguradora Fianzas S.A. – Confianza S.A. recibió por parte de la liquidadora de Optimizar Servicios Temporales el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal, cobro de lo no debido (Restricción de la Póliza), límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción, extinción de la acción generada por el contrato de seguro y su prescripción, compensación y la genérica.

Compañía Aseguradora de Fianzas oponiéndose a las pretensiones del llamado y la demanda; respecto de los hechos sostuvo que no le constan; propuso las excepciones meritorias de falta de legitimación en la causa del Fondo Nacional del Ahorro para llamar en garantía a Confianza S. A., los hechos de la demanda no gozan de cobertura/la relación laboral de los demandantes se produjo por fuera de la vigencia de la póliza, ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza DL006347, los demandantes fueron reconocidos en el proceso de reorganización de Optimizar Servicios Temporales hoy en liquidación judicial, pago y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 8 de julio de 2019, DECLARANDO probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el Fondo Nacional del Ahorro. DECLARÓ la existencia de contratos de trabajo por obra o labor determinada con Optimizar Servicios Temporales. DECLARÓ ausencia de solidaridad del Fondo Nacional del



Ahorro. CONDENÓ a Optimizar Servicios Temporales a pagar indemnización moratoria. ABSOLVIÓ al Fondo Nacional del Ahorro de las pretensiones de la demanda y Compañía Aseguradora Liberty Seguros S. A. del llamado en garantía. CONDENÓ a Confianza S. A. en virtud de las pólizas de cumplimiento suscritas con Optimizar Servicios Temporales S. A. a cubrir las condenas por indemnización moratoria entre el 1 de octubre de 2015 hasta el 1 de enero de 2017 fecha en la que venció la póliza. Impuso costas a Optimizar Servicios Temporales S. A.

Inconformes con la decisión los apoderados de la activa, Optimizar y Confianza interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS:

Sostuvo el impugnante de la activa que el Fondo Nacional del Ahorro es responsable de las condenas irrogadas, en virtud de los contratos de prestación de servicios suscritos con la Temporal Optimizar, que tuvieron por objeto su crecimiento y expansión, aspectos que por sí solos no resultan suficientes para soportar ese tipo de vinculaciones, de suerte que nada interesa que no hubiesen superado la anualidad, no obstante se demostró que los demandantes superaron en ese término con otras temporales, configurándose una verdadera relación de trabajo conforme el principio de primacía de la realidad sobre las formas, ya que se probó el uso irregular de temporales a través de las cuales se tiene vinculado más del 90% de la planta de personal del Fondo.

Refiere finalmente que la llamada Confianza S. A., debe responder por la totalidad de las condenas y no parcialmente como lo dispuso el juzgado, ya que, si bien las pólizas vencían en enero de 2017, el riesgo se produjo durante su vigencia.



Sostiene el apelante de Optimizar Servicios Temporales que se demostró que a los demandantes se le realizaron todos los pagos, y su representada siempre actuó de buena fe ya que no realizó el pago a la terminación de los contratos por la prohibición legal, ya que se terminó el proceso de reorganización y decretó la apertura de la liquidación judicial, por esa razón, no actuó de mala fe, además, la indemnización moratoria finalizaba el 15 de febrero de 2016 cuando se inició el proceso de reorganización.

Sostuvo el recurrente de Confianza S. A., que su representada fue llamada en garantía por el Fondo Nacional del Ahorro en virtud de la póliza 24dl006347, y el juzgado la hizo responsable por pólizas diferentes (24dl 0079 87 y 24 dl 00 84 60), las que tampoco fueron objeto de debate y sobre supuestos fácticos tampoco discutidos en el proceso, quebrantando el derecho de defensa. Pólizas que por demás ya fueron objeto de afectación en el proceso administrativo iniciado por los trabajadores en el Ministerio de Trabajo, que terminó con actos administrativos que cobraron firmeza y que no fueron objeto de demanda.

Afirma que al haber sido absuelto el Fondo Nacional del Ahorro quien la llamó en garantía, de la misma manera la aseguradora debía ser exonerada, y que, Optimizar por haber sido admitida en proceso de reorganización tornaba improcedente la indemnización moratoria, ligado a la buena fe de Confianza S. A., quien una vez en firme las resoluciones del Ministerio y cuando le fueron a entregada la lista de trabajadores procedido al pago inmediato de los valores adeudados en la liquidación.

Mediante providencia del 21 de julio de 2023 se aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda presentado por la señora Erika Paola Quintero y en los términos del artículo 314 del C.G.P. se dispuso continuar el trámite de la acción respecto de los demás demandantes.



CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

Frente a la primera inconformidad del impugnante de la activa, valga decir, responsabilidad del Fondo Nacional del Ahorro, en la forma como se encuentra planteada no tiene vocación de prosperidad, pues, aunque la reclama en forma solidaria, la inconformidad la dirige a enrostrarle la calidad de empleadora, aspecto incongruente con lo solicitado desde el escrito genitor, además, no desconoce lo decido por el juzgado frente a quien fungió en esa condición, el cual concluyó que lo fue la EST Optimizar como lo reclamaban los demandantes en forma principal, de tal suerte, no resulta admisible por la vía de la impugnación pretender endilgar al Fondo la condición de empleadora, pues al haberse declarado en forma principal como verdadera empleadora la empresa de servicios temporales sin haberse desconocido esa decisión, automáticamente no había lugar a que el juzgado emitiera pronunciamiento de la petición subsidiaria de atribuirle al Fondo esa condición, menos en alzada por carecer de competencia frente a un aspecto que no ameritó inconformidad. Tampoco se dan los presupuestos exigidos en el ordenamiento positivo del trabajo para pregonar solidaridad, en virtud de la contratación entre las personas jurídicas pública y privada que originó la vinculación de los actores, las cuales surgieron de conformidad con la regulación legal que las orienta.



El principio de congruencia que erige toda decisión judicial, en virtud del cual la sentencia debe proferirse en consonancia con los hechos y pretensiones planteados en la demanda y demás oportunidades que permite la ley, como se encuentra estatuido en el artículo 281 del ordenamiento procesal general, principio que si bien no es omnímodo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico y Superior y los lineamientos jurisprudenciales frente al tema que establecen que es deber del juez interpretar la demanda en aras no sacrificar el derecho sustancial, máxime cuando de asuntos laborales se trata por su connotación mínima que lo erige como normas de orden público de obligatorio cumplimiento e irrenunciables, también lo es que bajo esta última orientación no se puede quebrantar el derecho fundamental de defensa de la contraparte que se ciñó a lo solicitado en la demanda y sobre presupuesto contrario edifica su defensa; por esa razón, no es de resorte de la competencia del fallador, emitir pronunciamiento sobre un aspecto que si bien fue solicitado adolece de presupuestos fácticos que lo sustenten, y son estos los que constituyen el verdadero sustento de lo anhelado frente al derecho que se pregona vulnerado, pues precisamente de ellos emanan otros principios en aras de efectivizarlos, como el extra y ultra petita consagrado en el artículo 50 del ordenamiento adjetivo del trabajo, el cual exige como requisito indispensable para tales efectos que haya sido hechos de la demanda, para así dar paso a su debate y consecuente demostración.

Sobre la naturaleza del supuesto que enmarca la resolución de lo anhelado en la acción, valga decir, los presupuestos fácticos, el Máximo juez constitucional en sentencia de unificación SU-768 del 16 de octubre de 2014, puntualizó, *“En principio, los hechos deben ser alegados por las partes interesadas, mientras que las cuestiones de derecho deben ser asumidas, de oficio, por los jueces; regla de distribución del trabajo procesal presente desde el derecho romano, bajo el aforismo latino ‘Da mihi factum, dabo tibi ius’.* Asimismo, *las cuestiones fácticas han de ser probadas por las partes, particularmente por aquellas a quienes les resulta favorable; mientras que si resulta ser un asunto de derecho*



opera la máxima 'iuris novit curia', bajo la cual el conocimiento y aprehensión de una norma recae exclusivamente sobre el juez”.

Por su parte el órgano de cierre de la especialidad en sentencia SL 3209 del 26 de agosto de 2020, sobre el particular, expresó: *“...tal directriz normativa no puede sopesarse desde una perspectiva meramente literal, pues si bien es cierto que a ella llega el legislador desde la aplicación a los procesos nacidos a instancia de parte -como los procesos del trabajo- del llamado 'principio dispositivo', el cual impone al demandante promover la correspondiente acción judicial y aportar los materiales sobre los que debe versar la decisión, esto es, el tema a decidir, los hechos y las pruebas que los acrediten, elementos con los cuales el juez queda supeditado a la voluntad de las partes a través de lo que la doctrina denomina 'disponibilidad del derecho material', que permite a éstas ejercer fórmulas procesales tendientes a su creación, modificación o extinción, con las salvedades propias de ciertas materias como lo es la atinente a derechos ciertos e indiscutibles en el campo laboral, por ejemplo, también lo es que ello no se traduce en el desconocimiento del principio universal que rige la estructura dialéctica del proceso y que reza: 'Venite ad factum. Iura novit curiae', o lo que es tanto como decir, que la vinculación del juez lo es a los hechos del proceso, que son del resorte de las partes, en tanto que de su cargo es la determinación del derecho que gobierna el caso, aún con prescindencia del invocado por las partes, por ser el llamado a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto.*

Esa la razón de ser para que el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil expresamente indique que 'la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse el demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta (...)' (idem artículo 281 C.G.P.), pues como se ve, allí no se hace mención a los fundamentos de derecho de la demanda sino al aspecto fáctico de la misma, de donde fácil es colegir que el elemento que identifica la causa de la pretensión del demandante no es la fundamentación jurídica del petitum sino la



exposición de los hechos que al lado de la petición haga el demandante. Luego, no es la calificación jurídica que el demandante hace en su libelo de la relación jurídica sustancial en disputa la que demarca el objeto del proceso, sino que lo es la exposición y alegación de los hechos jurídicamente relevantes los que la precisan, con lo cual se cumple con el viejo aforismo latino que regla la actividad judicial 'mihi factum, dabo tibi ius' (dadme los hechos, yo te daré el derecho), connatural con los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial (artículo 228) y autonomía judicial (artículo 230).

Lo anterior no quiere decir que la calificación jurídica alegada por el demandante no pueda resultar trascendente para efectos de delinear o identificar en ciertas ocasiones la naturaleza de la acción propuesta, como cuando se discute en el proceso laboral la relación jurídica material que unió a las partes, o cuando lo que se persigue por el actor no es la declaración del derecho sino su efectividad por reposar éste en un título ejecutivo, pues en los casos citados; como en los que es dable tener como presupuesto de la declaración o condena judicial la afirmación y determinación de particulares hechos exigidos para la creación, modificación o extinción de la relación material discutida, llamadas por alguna porción de la doctrina como 'pretensiones constitutivas', a través de dicha calificación el juez avizora in limine tanto el procedimiento a seguir como el objeto del proceso.”.

Bajo las directrices expuestas, correspondía a la activa desde el escrito genitor o en las demás oportunidades que permite el ordenamiento procesal del trabajo, identificar los supuestos fácticos que orientan sus aspiraciones, garantizando a su vez el derecho de contradicción y defensa de la contraparte, de contera los propios, considerando que de esa forma surgía la oportunidad de debatirlos y acreditarlos, con la consecución de la resulta efectiva de sus aspiraciones, ya que sólo de esa manera el juzgador puede válidamente entrar a definirlo, para el caso del aquo apoyado en el principio ultra y extra petita que sólo a él compete aplicar en forma facultativa, facultad que no surge de su voluntad aplicar o no, sino de la observación y constatación de los requisitos que para tales efectos exige el artículo 50 del ordenamiento adjetivo del



trabajo, el cual parte de la base para su aplicación, del sustento fáctico expuesto en la demanda.

De acuerdo con el soporte fáctico de la acción, no esgrime argumentación encaminada a referir que las relaciones laborales sostenidas por los convocantes con la EST Optimizar como trabajadores en misión del Fondo Nacional, permitan atribuirle a ésta última la connotación de verdadera empleadora, por esa razón no se controvertió ninguna situación que permita derruir la fundamentación jurídica que respalda esas vinculaciones de acuerdo con lo previsto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, pues jamás se planteó en el sustento fáctico de la demanda, que se contrajo simple y llanamente a referir la prestación del servicio durante el lapso de los contratos de trabajo suscritos con la EST accionada en virtud del vínculo sostenido con el Fondo Nacional por el mismo periodo, y que fue la causa que los patrocinó, por esa razón, como lo deja en evidencia el caudal probatorio, al enmarcarse las vinculaciones dentro de los parámetros que regenta la norma, se aviene concluir su inmutabilidad, pues el lapso de su ejecución se acoge a lo contenido en éstas, y en esos términos la decisión del aquo en este punto se mantiene incólume.

El reparo conjunto que reclama los impugnantes de Optimizar Servicios Temporales y Aseguradora Confianza, respecto de la condena irrogada por concepto de indemnización moratoria, en la forma como se encuentra planteada no tiene vocación de prosperidad, considerando que, i) la situación invocada que pretenden soportar no constituye un argumento válido para enervarla, menos bajo el supuesto de la buena fe, único admisible para tales efectos, ya que para ello se aduce proceso de reorganización empresarial, y amén de que no se allegó prueba, expuso la primera que el aludido trámite inició desde el 15 de febrero de 2016 con “*Auto 400-002370*” de la Superintendencia de Sociedades, valga decir, posterior a la ruptura de los vínculos; ii) de acuerdo con lo previsto en el párrafo 3 del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, adicionado por el artículo 34



de la Ley 1429 de 2010, “Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores.”; iii) aunque se efectuó pago de los réditos laborales, fue tardío, por espacio de poco más de dos años, luego no constituye razón legítima y válida para justificar la inobservancia de la obligación de la empleadora de cancelarlos, pues ello equipararía subvertir el ordenamiento jurídico que impone la imperativa obligación de cancelar al empleado excepto las salvedades que en la misma categoría impone la norma, lo adeudado a la terminación del vínculo, precisamente por el carácter tuitivo de los derechos mínimos de los trabajadores, constituye la única forma de garantizarle recursos al quedar cesante; y, iv) de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 del ordenamiento positivo del trabajo, el empleado no asume los riesgos o pérdidas de su empleadora, pues dentro la actividad empresarial estas son previsibles.

En punto a la inconformidad conjunta del impugnante de la activa y de la Aseguradora Confianza, el primero respecto de la forma parcial en que se ordenó asumir responsabilidad, el segundo, enervándola, está llamada a prosperar para éste último, en razón a que su comparecencia a la causa, surgió del llamado en garantía que reclamó el Fondo Nacional del Ahorro, con fundamento en la póliza de cumplimiento N° DL006347.

Por lo anterior sin mayores elucubraciones, la Aseguradora Confianza debe ser absuelta de las condenas impuestas en contra de la EST Optimizar, considerando que, al no encontrarse al Fondo Nacional del Ahorro responsable solidario de las obligaciones impuestas a la EST Optimizar como verdadera empleadora, automáticamente la llamada en garantía debía ser absuelta de cualquier obligación impuesta a la llamante, pues no se puede olvidar el principio de derecho en virtud del cual, lo accesorio sigue la suerte de lo principal.



Sea preciso señalar que la póliza de cumplimiento N° DL006347 fue constituida por la EST Optimizar a favor de sus trabajadores con vigencia del 31 de diciembre de 2011 al 1 de enero de 2013, y para garantizar las vigencias futuras, suscribió nuevas pólizas, que para lo que interesa a la causa, las últimas N° DL007987 con vigencia del 1 de enero de 2015 al 1 de enero de 2016 y DL008460 con vigencia del 1 de enero de 2016 al 1 de enero de 2017, lo que significa que sí se quería derivar responsabilidad en la Aseguradora Confianza frente a aquellas quien estaba legitimado para hacerlo era directamente los trabajadores como beneficiarios, ya que la relación jurídica entre llamante y llamada es objetiva, y así no se hizo, precisamente, porque en virtud de esa garantía en favor de aquellos se reclamó ante la autoridad administrativa su cumplimiento, al punto que con base en ellas, se satisfizo los derechos laborales que por cuenta de la verdadera empleadora EST Optimizar se adeudaban.

En el mismo hilo, bajo el principio de congruencia de las decisiones judiciales, no podía el aquo irrogar responsabilidad a la aseguradora frente a las obligaciones laborales, pues constituiría contraponer el derecho de contradicción y defensa, de contera el debido proceso, ya que no se presentaba los presupuestos exigidos en el ordenamiento adjetivo del trabajo que exige su planteamiento en la acción, así no hayan sido pretensiones de la demanda, aspecto que no es el que orienta la situación, ya que la relación que origina su intervención es de responsabilidad objetivamente contractual y frente quien decide hacer el llamado, por esa razón, sobre tal presupuesto edifica su defensa, sin importar la relación que se demuestre entre el llamante y la parte accionante.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA 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, **REVOCA** el numeral **OCTAVO** de la sentencia de



Ref.: Radicación N° 11001310501720160032401. Proceso Ordinario de Herbert Oscar Leal Díaz y Otros contra Optimizar Servicios Temporales S. A. y Otros. (Fallo de Segunda Instancia).

primera instancia, en su lugar se **ABSUELVE** a la Compañía Aseguradora de Fianzas S. A. – CONFIANZA S. A.. Se **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia en lo demás objeto de inconformidad para los impugnantes. Sin costas de instancia.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 1100131050 018 2017 00278 01. Proceso Ordinario de Carmen Lilia Lugo Castillo contra Fiduciaria la Previsora S.A. P.A.R. Caprecom Liquidado (Consulta 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 la demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante mediante el trámite del proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinida con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones –Caprecom EICE en liquidación, vigente entre el 21 de diciembre de 2009 y el 4 de octubre de 2013, que este vínculo terminó por decisión unilateral e injustificada de su empleador y que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo 1997-1998; se condene a la demandada el



reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de las cesantías, vacaciones, prima legal de junio, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones de carácter legal y extra legal, auxilio convencional de transporte, prima convencional de retiro, bonificación de recreación convencional, aportes educativos convencionales, devolución de aportes pagados al régimen de seguridad social en salud y pensiones, la devolución de los dineros destinados a la constitución de pólizas, la sanción moratoria por no consignación de cesantías, la indemnización moratoria por no pago oportuno de los derechos legales y convencionales, la indemnización por despido y la indexación de las sumas adeudadas

Como sustento de las pretensiones adujo básicamente que prestó servicios personales para la Caja de Previsión Social de Comunicaciones EICE – Caprecom EPS en la Regional Amazonas, desde el 21 de diciembre de 2009, a través de la empresa Contupersonal S.A. y posteriormente, mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios.

Refirió que desempeñó los cargos de Auxiliar Administrativo para apoyo a la gestión de vida sana y de Auxiliar Técnico Administrativo, sin solución de continuidad, cumpliendo un horario de 8:00 am a 5:00 pm y que fue Caprecom quien le entregó las herramientas necesarias para el ejercicio de sus actividades.

Afirmó que a los trabajadores oficiales de Caprecom, además de las prestaciones legales se les reconocían la totalidad de las prestaciones extralegales estipuladas en la convención colectiva suscrita con la organización sindical Sintracaprecom.



Expuso que nunca se le reconocieron vacaciones, primas de navidad y derechos convencionales, y que tampoco se le consignó el auxilio de cesantías a un fondo.

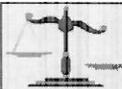
Notificada en debida forma y corrido el traslado de rigor, la demandada dio respuesta a la acción¹ en oposición a todas las pretensiones, argumentó para el efecto que la demandante prestó servicios personales a su favor como contratista de servicios profesionales y que cumplió con las obligaciones consignadas dentro del mismo. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de falta de competencia, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia de la relación laboral dependiente, existencia de pruebas ciertas que desvirtúan la presunción del artículo 24 del C.S.T. y buna fe.

Al desatar las pretensiones de la demanda el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, reconoció la existencia de una relación de trabajo deprecada; sin embargo, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de condena incoadas en su contra, ante la prosperidad de la excepción de prescripción.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandante y no fue apelada, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. corresponde asumir igualmente el conocimiento del presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

¹ Cfr fls 82 a 93 Expediente físico.



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

CONSIDERACIONES:

La controversia que suscita la atención de la Sala, se centra en primer término en establecer sí hay lugar a declarar la existencia de la relación laboral deprecada; y en caso afirmativo, la procedencia del reconocimiento de los derechos legales y convencionales reclamados.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, para que se configure la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos: 1. **La actividad personal o prestación del servicio** 2. **La dependencia o continuada subordinación**, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y; 3. **La existencia de salario**.

En el asunto no es objeto de discusión entre las partes que la demandante prestó servicios personales a favor de la extinta Caja de Previsión Social de Comunicaciones –CAPRECOM EICE en liquidación desde el 21 de diciembre de 2009 hasta el 4 de octubre de 2013, en virtud de dos vínculos diferentes; inicialmente como trabajadora en misión a través de la sociedad Contupersonal S.A. y a partir del 1° de abril de 2011 mediante contrato de prestación de servicios; aspectos que por demás se establecen con el contrato de trabajo², la misiva de terminación remitida por la sociedad

² Cfr. fl. 32 *ibídem*.



Contupersonal S.A. del 4 de abril de 2011³, el contrato de prestación de servicios⁴ y la comunicación de terminación del mismo⁵; prestación del servicio que al tenor de lo dispuesto en el artículo 20⁶ del Decreto citado, permite presumir la existencia de la relación laboral que se reclama.

En este punto a juicio de la Sala, resulta imperativo advertir a la accionada que la jurisprudencia ha indicado que la referida presunción no se desvirtúa con la simple exhibición de los contratos de tipo comercial, civil, o incluso de naturaleza administrativa suscritos entre las partes, pues independientemente del rótulo que se le dé al contrato que estas suscriben, lo que resulta determinante es lo que sucede en el campo de los hechos, esto es, la forma como se ejecuta la prestación del servicio.

Y en tal sentido, aun cuando la carga probatoria recae en la demandada advierte la Sala que, de las declaraciones vertidas por Jairo Pinto Silva, Amelia Floralba Lozano y Jorge Nova Pérez, personas que tuvieron una relación directa con la demandante en desarrollo de su vinculación, en condición de compañeros de trabajo; permiten establecer el carácter subordinado con que la demandante ejecutaba las actividades para las cuales fue contratada, a pesar de que para la suscripción de los contratos con los que se vinculó se señalara su sujeción a lo normado en la Ley 80 de 1990, pues refieren que la demandante en el área de Aseguramiento desempeñó el cargo de Promotora y Gestora de Vida Sana, tenía a su cargo la función de atender clientes y realizar afiliaciones; y que en cumplimiento de tal función no solo debía cumplir un horario, sino que además debía cumplir metas y atender las órdenes e instrucciones que le impartía su Jefe Inmediato.

³ Cfr. fl. 48 *ibídem*.

⁴ Cfr. fls 38 a 42 *ibídem*.

⁵ Cfr.

⁶ "El contrato de trabajos e presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción."



Las razones expuestas son suficientes para determinar la existencia del vínculo laboral y en consecuencia se confirmará la decisión que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado.

Corroborada como se encuentra la existencia del vínculo laboral, por razones de carácter metodológico la Sala analizará la determinación acogida en torno a la prosperidad de la excepción de prescripción, para lo cual se ha de tener en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y S.S. el término prescriptivo es de tres años los cuales comienzan a contabilizarse a partir del momento en que se hacen exigibles pero puede ser interrumpido por una sola vez con la reclamación escrita.

En el caso objeto de estudio, tal como se determinó el vínculo laboral de la demandante finalizó el 4 de octubre de 2013 y radicó la reclamación administrativa el 30 de noviembre de 2016, esto es, vencido el término prescriptivo; ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el Despacho Judicial de primer grado, al declarar probado este medio exceptivo.

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

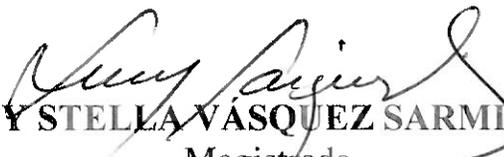


RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá.

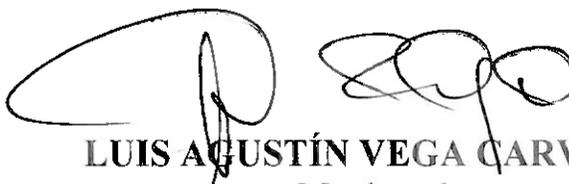
SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su reconocimiento en esta instancia y se confirman las impuestas en el fallo de primer grado.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 021 2021 00239 01. Proceso Ordinario
Lucy Alcira Pachón Castro 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 los apoderados de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual efectuado a Porvenir el 17 de julio de 1995 y que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se condene a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración; y se ordene a



Colpensiones recibir dichas sumas, actualizar su historia laboral y reconocer la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2021.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que estuvo afiliada al régimen de prima media desde el 23 de noviembre de 1992 hasta el 30 de junio de 1995 y que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Porvenir el 17 de julio de 1995 en donde continuó efectuado cotizaciones.

Refirió que antes de su afiliación Porvenir no le suministró información clara, suficiente, veraz y oportuna sobre las implicaciones de dicho cambio, ni acerca de las características de los regímenes pensionales.

Afirmó que Porvenir además omitió informarle los riesgos y efectos que implicaba su afiliación y permanencia en uno y otro régimen; ni que el monto de su prestación en el régimen de ahorro individual dependería del capital ahorrado, su expectativa de vida y la de sus posibles beneficiarios, la rentabilidad del fondo y la edad a la que elevara la solicitud, entre otras características propias de dicho régimen pensional, que impidieron que su afiliación y permanencia en dicho régimen pensional fuera producto de un información cierta, completa, veraz e imparcial por parte de dichas administradoras; sino que fue impulsada por las omisiones en la información.

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. sostuvo que el traslado de la demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y buena fe.



Colpensiones 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 y que por el contrario que los documentos se encuentran sujetas a derecho. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó 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.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; y condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados a la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y los pagado por seguros previsionales debidamente indexados; para lo cual concedió el término de un mes. Así mismo ordenó a Colpensiones activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su afiliación, y la absolvió del reconocimiento del derecho pensional.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, los cuales fueron concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la demandante solicita se revoque la determinación relativa al no reconocimiento de la pensión de vejez reclamada, al considerar en



esencia que se encuentran acreditados los requisitos legales establecidos para el efecto.

Por su parte la apoderada de Porvenir S.A. solicita se revoque la condena relativa a la indexación de la devolución de los rubros cuya devolución se ordenó a Colpensiones, en tanto que, al disponerse la devolución de los rendimientos financieros, los cuales incluyen los frutos e intereses generados y que superan con creces cualquier devaluación económica que se pudo generar.

Agregó en el mismo sentido que la condena al pago indexado de las sumas a devolver resulta excluyente con la devolución de los rendimientos financieros; y que existen decisiones de los Tribunales de Cundinamarca y Cali.

Finalmente la apoderada de Colpensiones solicita se revoque al decisión de primer grado, para lo cual aduce en esencia que de acuerdo con el interrogatorio de parte rendido por la demandada, si tuvo alguna clase de coacción fue por parte de su empleador, más no por parte del fondo privado de pensiones.

Adujo que no por el hecho de que le sea más favorable el reconocimiento del derecho pensional con su representada es procedente que se declare la ineficacia del traslado de régimen.

Cuestiona el hecho de que el Despacho Judicial de primer grado hubiese concluido que no se le suministró ningún tipo de información a la demandante; sin embargo, esos hechos ocurrieron hace más de 27 años y que



así se le hubiere brindado la información por parte del fondo, muy posiblemente no lo hubiera recordado.

Agregó que no pudo existir ninguna clase de engaño, por cuanto para el momento de la afiliación no existió algún tipo de proyección pensional que no concordara con lo que va a recibir actualmente con Porvenir.

Finalmente refirió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse y que para el 1° de abril de 1994, no contaba con 15 años de aportes para poder trasladarse en cualquier tiempo.

Solicitó que, de confirmarse la decisión de primer grado, se le permita accionar judicialmente en contra de Porvenir por los daños y perjuicios derivados de aceptar a la demandante como afiliada y pensionado.

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 resulta procedente ordenar el reconocimiento de la prestación de vejez a favor de la demandante, ordenar a Porvenir la devolución indexada y autorizar a Colpensiones para que promueva las acciones que considera pertinentes en contra de Porvenir S.A.

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



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

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."



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 Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió ofrecer a la 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.

Conviene precisar que si bien es cierto que al absolver interrogatorio de parte la demandante refirió que se sintió presionada por parte de su empleador para trasladarse de régimen; contrario a lo que plantea la apoderada de Colpensiones, esta circunstancia en modo alguno exonera a la AFP Porvenir



S.A. de haber cumplido con el deber de información, con mayor razón cuando esta es quien recibe 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 de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la 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>>.



En tal sentido, como la demandante continúa afiliada a la AFP Porvenir 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 la servidora judicial de primer grado, razón por la que se confirmará la determinación que sobre el particular ésta acogió.

Ahora bien, en lo que respecta a la inconformidad planteada por la apoderada de Povenir S.A. frente a la indexación, basta a la Sala indicar que ningún reproche merece la determinación acogida por la *aquo*, en tanto que se ordenó únicamente frente a la devolución de “...*los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional*”, conceptos que no hacen parte del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la accionante y que por lo tanto sí se ven afectados por la pérdida del poder adquisitivo; la anterior determinación se ajusta en todo caso al criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL5686 de 2021.

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.

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez, contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado no resulta procedente condicionar el reconocimiento de este derecho a un trámite de carácter administrativo como lo es el traslado efectivo de los recursos por parte de la AFP Porvenir a Colpensiones.

En tal sentido, 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 1º de enero de 2014 para el caso de las mujeres son el cumplimiento de los 57 años de edad y la acreditación de 1.300 semanas de cotizaciones.

Al respecto se advierte que la demandante nació el 2 de junio de 1964, motivo por el que mismo día y mes del año 2021 cumplió la edad mínima exigida en el régimen de prima media para el reconocimiento de la prestación; y en punto a la acreditación del número mínimo de semanas, corresponde señalar que de acuerdo con el reporte de semanas expedido por la AFP Porvenir S.A. para el 18 de 2021 la accionante acumuló ante dicha administradora un total de 1.053,4 semanas de cotización², a las que, en los términos del parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 <<modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003>> corresponde adicionar 104,14 semanas que cotizó ante Colpensiones³ y 165,57 semanas correspondiente al tiempo servicio prestación a Ecopetrol entre el 11 de julio de 2000 y el 30 de septiembre de 2003; para un total de 1.323,11 semanas de cotización.

En tal sentido, dimana con meridiana claridad que la accionante acredita los requisitos previstos para el reconocimiento de la prestación de vejez solicitada, y se dispondrá su reconocimiento a partir de la fecha en que acredite el retiro del sistema conforme con lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993; motivo por el que se revocará la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado.

No se accede a la solicitud elevada por la apoderada de Colpensiones entorno a la autorización para interponer acciones judiciales en contra de Porvenir S.A., en tanto que si considera que esta última administradora le causó alguna

² Cfr. fl 139 Archivo 09

³ Cfr. fl 66 Archivo 01



clase de perjuicio no requiere ningún tipo de autorización para acceder a la administración de justicia y promover la acción que considere pertinente.

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 cuarto de la sentencia de primer grado en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **COLPENSIONES** al reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante en la forma establecida en los artículos 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, una vez la demandante se retire del sistema.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 021 2021 00239 01. Proceso Ordinario Lucy Alcira Pachón
contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 023 2021 00337 01. Proceso Ordinario de Hernando Herrera Gómez 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 la entidad demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de que acredita un total de 1.321 semanas y que tiene derecho a que la demandada le reconozca y reliquide la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990; se ordene a la demandada reliquidar su pensión de vejez aplicando una tasa de remplazo del 90% en concordancia con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y a efectuar el pago correspondiente de las diferencias causadas a su favor desde la fecha de



reconocimiento de la prestación, así como los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones señaló en esencia que nació el 1° de agosto de 1953; que laboró en el Ejército Nacional entre el 16 de febrero de 1972 y el 30 de enero de 1974 y registra ante un Colpensiones un total de 1.221 semanas desde el 23 de abril de 1985 y el 9 de mayo de 2019.

Refirió que el 11 de diciembre de 2020 solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, y que esta mediante la Resolución SUB87750 del 9 de abril de 2011 accedió a ello a partir del 10 de mayo de 2019 en cuantía inicial de \$3'253.900,00, con una tasa de remplazo del 87%; de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Agregó que en contra del acto administrativo que ordenó el reconocimiento de su pensión de vejez interpuso recurso de apelación a efecto de que se tuviera en cuenta el tiempo de servicio al Ejército Nacional y aplicara una tasa de remplazo del 90%; sin embargo, la demandada mediante Resolución DPE4329 del 11 de junio de 2021 la confirmó.

Una vez notificada, la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que el demandante acumuló ante el régimen por ella administrado, un total de 1.221 semanas de cotización y que en tal virtud la pensión de vejez le fue reconocida obedeciendo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, y que no es procedente tener en cuenta los tiempos públicos cotizados a otras cajas para efectos de la liquidación. Propuso en su defensa las excepciones de inaplicabilidad de la sentencia, carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.



El despacho judicial de primer grado condenó a la demandada al reajuste de la prestación de vejez reconocido a la demandante en cuantía inicial de \$3'393.830,00 y la absolvió de la demás pretensiones.

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 previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho a que la prestación de vejez que le fue reconocida se determine bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta los tiempos de servicios públicos prestados al Ejército Nacional.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que mediante la Resolución SUB 87750 del 9 de abril de 2021, la demandada, reconoció a favor del demandante prestación de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, dada su condición de beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, a partir del 10 de mayo de 2019, en cuantía inicial de \$3'256.901,00, teniendo en cuenta para el efecto una tasa de remplazo del 87%.



Igualmente, es del caso tener en cuenta que tampoco fue objeto de discusión entre las partes, que el demandante nació el 1º de agosto de 1953, ni que prestó servicios al Ejército Nacional entre el 16 de febrero de 1972 y el 30 de enero de 1974.

De acuerdo con los anteriores supuestos, se debe recordar que si bien en principio esta Sala de Decisión consideró en forma mayoritaria que la sentencia SU-769 de 2014 permitió la acumulación de tiempos públicos y privados, pero única y exclusivamente para aquellas personas que no habían podido acceder a la pensión de jubilación o vejez de conformidad con la Ley 71 de 1988, el Acuerdo 049 de 1990, o la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, ante la evidente desprotección en que se encontraban; también lo es que, con ocasión a la hermenéutica dada al asunto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL1947, SL1981 y SL2557 todas del año 2020, se rectificó el criterio existente.

En tal sentido, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la última de las sentencias referidas <<SL2557 de 2020>>, en un caso de similares contornos al que ocupa en esta oportunidad de Sala, reiterando el criterio acogido en las SL1947 de 2020 in extenso indicó:

“... ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de



quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

(...)

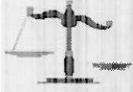
Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.



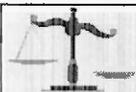
La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.”

Conforme con el anterior criterio, resulta procedente la acumulación de tiempos de servicio públicos y privados para reconocer las pensiones de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, sin limitación alguna, de manera que no merece ningún reparo la determinación que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado.

Así las cosas, como no es objeto de discusión entre las partes, pues de esa forma incluso lo reconoció la demandada en el acto administrativo en el que reconoció el derecho pensional, que el demandante acredita un total de 1.321 semanas incluyendo el tiempo de servicio en el Ejército Nacional; al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, el demandante tiene derecho a que su prestación de vejez se reconozca con una tasa de remplazo del 90%.

Por ende, efectuadas las operaciones aritméticas de rigor con el apoyo del grupo liquidador asignado por el Consejo Superior de la Judicatura, se tiene que el IBL más favorable al accionante es el que se determina con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años, que equivale a la suma de \$3'789.650,93, por lo que al aplicar una tasa de remplazo del 90%, el monto



de la prestación sería de \$3'410.685,00 suma superior a la que determinada en primera instancia; no obstante, como tal determinación no fue recurrida por la parte actora y al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.P.T. y S.S. no resulta hacer más gravosa la situación de la parte en favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, se confirmará la decisión de primera instancia.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, ningún reparo merece la decisión acogida por el servidor judicial de primer grado en tanto el derecho pensional se causó el 10 de mayo de 2019 y la demanda se radicó el 30 de junio de 2021, esto es, dentro del término trienal establecido en el artículo 151 de la Ley 100 de 1993.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia dado que el conocimiento de la decisión de primer grado también se asumió 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.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.



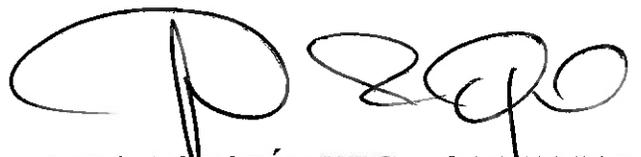
SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 023 2021 00608 01. Proceso Ordinario
Manuel Arturo Santafé Velásquez 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 el apoderado del demandante y los apoderados de las demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado y la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; se ordene a las administradoras de fondos de pensiones Protección S.A. y Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos en la cuenta de ahorro individual y a



Colpensiones a que los reciba y con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 reconozca en su favor la pensión de vejez por cumplir los requisitos del caso.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 9 de enero de 1960 y se vinculó al ISS desde el 20 de agosto de 1980, en donde permaneció hasta el mes de junio del año 2000 cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Protección S.A.

Refirió que el encargado del trámite del traslado fue un asesor de la AFP Protección S.A. quien sin mayores explicaciones y con el argumento de que el ISS se iba a acabar, le indicó que la mejor opción que tenía era trasladarse de régimen, debido a que con dicha AFP se iba a pensionar antes con una mejor pensión.

Afirmó que similar situación se presentó en el mes de marzo del año 2010 con la AFP Porvenir S.A., administradora a la que se trasladó sin recibir mayor información acerca de las ventajas, desventajas e implicaciones de poner su futuro pensional en manos del fondo.

Adujo que si no se hubiera cambiado de régimen pensional a la fecha de presentación de la demanda acumularía más de 1.800 semanas cotizadas, que le permitiría acceder a una pensión más que digna en el régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con lo al efecto prevé el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones sostuvo en síntesis que el demandante se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad, de



manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen; a lo que agregó que si bien desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado, tal decisión debió obedecer a la información que le fue suministrada en dicha oportunidad. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia del traslado, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, cobro de lo no debido, prescripción, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se produjo con la AFP Protección, pero que éste reiteró su voluntad de pertenecer al RAIS con el traslado horizontal que efectuó ante ésta en el año 2010, y que en todo caso el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de ser saneada. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. indicó que el acto de traslado del demandante es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. 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 del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y condenó a



la AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que hubieran recibido con ocasión a la afiliación del demandante incluido el valor ahorrado en la cuenta de ahorro individual con solidaridad incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago. Y condenó a Colpensiones al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003 a partir de la fecha en que se produzca su retiro del sistema.

Inconformes con la anterior determinación el apoderado del demandante y los apoderados de las demandadas Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado del demandante solicita se condene a Colpensiones al reconocimiento de la prestación de vejez a partir del mes de enero de 2022, dado que no se retiró de buena fe, al estar bajo el consentimiento de que estaba afiliado al régimen de ahorro individual; pero que como se declaró la ineficacia, si hubiese estado en su momento afiliado al régimen de prima media, ya se hubiera retirado y por ende le correspondería el pago de las mesadas pensionales.

En el mismo sentido solicita se condene al reconocimiento de los intereses de mora, puesto que ante la declaratoria de ineficacia se entendería que la mesada pensional se hubiera disfrutado de manera adecuada y hubiera sido

el deber de Colpensiones efectuar el pago en dos meses como lo establece la Ley 717 de 2021.

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para lo cual sostiene en esencia, que el demandante es una persona capaz para adquirir cualquier clase de obligaciones, y tomó de manera libre y voluntaria la decisión de trasladarse voluntariamente a su representada.

Refirió que no fue con su representada que se produjo el traslado de régimen y por ende no debe sufrir las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, y que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, ni se comparten los efectos jurídicos dados a la misma; al no probarse dentro del asunto los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil.

Agrega en similar sentido que al demandante le asistía la obligación de estar informado a cerca de los servicios que deseaba contratar, y por ende tenía la obligación de indagar acerca de las características, condiciones generales, restricciones al querer trasladarse de régimen pensional con su representada.

De otra parte, solicita se tenga en cuenta que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 señala cuales son los recursos que se deben trasladar en los casos de cambio de régimen o de fondos de pensiones, que lo es el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos financieros; y que ello impide la devolución de suma diferentes; con mayor razón cuando estos recursos no están destinados a financiar la prestación, lo que configuraría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante y de Colpensiones.

Así mismo sostiene que la condena al pago indexado es totalmente incompatible en la medida que la cuenta de ahorro individual del demandante



no se ha visto afectada por el fenómeno de la inflación, y ha generado rendimientos superiores a los mínimos establecidos por el Gobierno Nacional, motivo por el que no resulta viable la indexación de dichos recursos.

Por su parte el apoderado de Colpensiones aduce de un lado que el servidor judicial de primer grado dejó de tener en cuenta que, de acuerdo con el dicho del demandante al absolver interrogatorio de parte, que en todo caso para el momento en que se produjo el traslado no existía la obligación de brindar información de forma más detallada como si se exige actualmente, y que en todo caso la diferenciación entre uno y otro régimen se encuentra contenida en la ley, motivo por el que debía ser de conocimiento del demandante y de cualquier ciudadano, quien además se encuentra afiliado a dicho régimen pensional por más de 20 años e incluso efectuó un traslado horizontal dentro del mismo régimen pensional, lo que a su juicio permite entender la aceptación de las normas que se predicán de este régimen.

Señala que su representada no intervino en el acta de traslado del demandante y que frente al mismo actuó como tercero de buena fe, pues le bastaba con la solicitud plasmada en el formulario de afiliación por parte del demandante para aceptar el traslado, y que éste como consumidor financiero tenía la obligación de estar informado de las normas.

En punto al reconocimiento del derecho pensional plantea que el accionante debe tener conocimiento del monto de dicha prestación en uno y otro régimen pensional, y que, en todo caso, se debe supeditar el mismo al traslado efectivo de los recursos por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual en aras de proteger el principio de sostenibilidad financiera y sin incurrir en el pago de intereses de mora.

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 nulidad 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; y de ser así, si resulta procedente ordenar la devolución indexada de los gastos de administración y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante.

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 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la

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 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."

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 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 AFP Protección S.A. debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo,



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, 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, si bien se ha reconocido incluso por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que el deber de información ha tenido varias etapas <<SL1452-2019>>, también lo es que, que desde su creación las administradoras de fondos de pensiones se les impuso el deber de suministrar información necesaria y transparente; de manera que no es de recibo el planteamiento que en sentido contrario efectúa el apoderado de Colpensiones.

Ahora, contrario a lo que refiere el apoderado de Colpensiones, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, no es posible determinar que se le hubiere dado una asesoría en donde le suministrara información suficientemente clara y completa acerca de los diferentes regímenes del sistema de pensiones; pues aun cuando refiere que fue atendido por un asesor, repetidamente señaló que la única información que éste le suministró fue el ISS se iba a liquidar y que tenía que trasladarse.

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 el servidor 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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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; 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 manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 o cualquier otra disposición que regula el traslado de régimen, como lo sugiere la apoderada de la AFP Porvenir S.A.

En tal sentido, como el demandante se encuentra afiliado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Protección S.A. se encuentra obligada a



devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado, de manera que ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el servidor 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 el 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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.

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 las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS que en el término de



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

De otra parte, 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 el servidor 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.

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez, corresponde tener en cuenta que 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.

Al respecto se advierte que la demandante nació el 6 de enero de 1960, motivo por el que mismo día y mes del año 2022 cumplió la edad mínima exigida en el régimen de prima media para el reconocimiento de la prestación; y en punto a la acreditación del número mínimo de semanas, corresponde señalar que de acuerdo con el reporte de semanas expedido por la AFP Porvenir S.A., para dicha contaba con más de 2.000 semanas de cotización², motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación que acogió el *aquo* en relación con la causación del derecho pensional.

Ahora, en los que respecta al disfrute de la prestación, aspecto motivo de inconformidad por parte del apoderado de la parte demandante, es del caso tener en cuenta que conforme con lo establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, norma aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, el disfrute del derecho es procedente una vez se produce la desafiliación o retiro del sistema, y dado que en el presente asunto se verificó que el accionante continúa efectuando aportes, no resulta procedente acceder al planteamiento efectuado por la parte actora.

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

² Cfr. fl 102 Archivo 11

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

RESUELVE

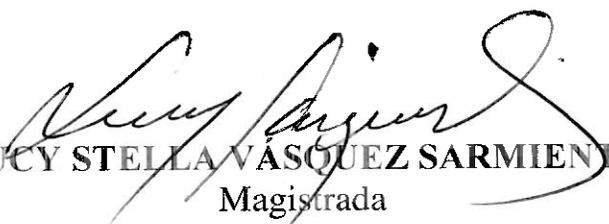
PRIMERO.- MODIFICAR PARCIALMENTE los ordinales segunda y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **ORDENAR** la devolución indexada únicamente de los gastos de administración incluidos los descuentos destinados a cubrir las primas de seguros previsionales.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, den 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 de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

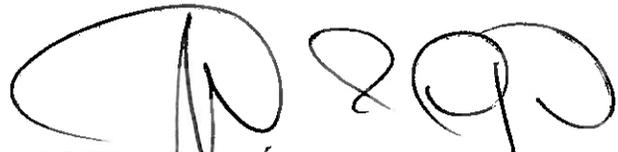
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

 Ref.: Radicación N° 11001-31-05 023 2021 00608 01. Proceso **Ordinario Manuel Arturo Santafé** contra **Colpensiones y otras** (Apelación Sentencia).


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 024 2018 00605 01. Proceso Ordinario Helman Duque Santa 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 Skandia Pensiones y Cesantías 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 41 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 del contrato de administración de aportes pensionales celebrado con Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y que como consecuencia de ello debe retornar al sistema de prima media administrado por Colpensiones; se ordene a Old Mutual



Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas como aportes pensional para financiar su pensión, así como a pagar cualquier diferencia que surja para asegurar el financiamiento de su pensión en el sistema de prima media con prestación definida.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 27 de julio de 1962 y que durante su vida laboral se vinculó inicialmente con el Instituto de Seguros Sociales el 27 de febrero de 1989, que se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. en marzo de 1997, que se afilió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en abril de 1999, a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y finalmente con Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A en junio de 2015.

Afirmó que la información suministrada por las AFP a través de sus asesores planteaba que era mucho mejor estar afiliado a un sistema de pensiones en el que podía definir su fecha de pensión sin necesitar de semanas acumuladas, que el Instituto de Seguros Sociales estaba debilitado en sus ahorros para responderle a todos los pensionados.

Refirió que nunca se le informó que el capital que debía tener ahorrado para completar el 110% del salario mínimo, no le presentaron proyecciones sobre lo que debería ahorrar adicional a su salario para establecer el capital suficiente que sería la base de lo que aspiraba recibir al final de su vida laboral, ni que debía ahorrar por lo menos un 20% de lo que devengaba mensualmente.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones adujo que con la suscripción del formulario de afiliación por parte del demandante se generaron obligaciones recíprocas dentro de las que se encontraba en cabeza de este el de informarse f



frente a las consecuencias que genera el traslado. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y prescripción.

Old Mutual Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. sostuvo que sí brindó al accionante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción, compensación y pago, ausencia de vicios del consentimiento, entre otras.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. sostuvo que el demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, y que el demandante fue asesorado acerca de las características del RAIS y el régimen de prima media con prestación definida. 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 del sistema general de pensiones, entre otras.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías indicó que al momento del traslado del demandante se le suministró la información, suficiente, completa y veraz acerca de las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción, pago y compensación, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo que el demandante se vinculó de manera libre y espontánea a la AFP Colpatria S.A. en el año 1999 y que lo que se pretende es desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.



Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

El despacho Judicial de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello, ordenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y cotizaciones debidamente indexados y ordenó a Colpensiones recibir dichos valores y efectuar los ajustes en la historia pensional del demandante.

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

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Skandia Pensiones y Cesantías S.A. solicita se revoque la sentencia de primera instancia para lo cual aduce en esencia que al demandante sí se le dio la información precisa al momento del traslado, a lo que agregó que el juez de primer grado dejó de tener en cuenta que el demandante efectuó varios traslados dentro del régimen de ahorro individual y no tuvo en cuenta el criterio sentado en la sentencia SL375 de 2020; a lo que agregó que los dos regímenes pensionales no se pueden comparar, en la medida que cada uno tiene sus bondades y características propias.

Solicita que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado del demandante se absuelva a su representada de la devolución de los gastos de administración, pues dichos descuentos se encuentran autorizados por la ley; y que en caso de que se considere que los mismo proceden en virtud de la declaratoria de ineficacia, no resulta procedente el traslado de los



rendimientos financieros, so perjuicio de incurrir en un enriquecimiento sin causa a favor del accionante.

Por su parte la apoderada con el propósito que se revoque la sentencia de primer grado aduce en principio que el demandante no solo suscribió el formulario de afiliación con el que adoptó la decisión de trasladarse, sino que además ratificó la voluntad de permanecer en dicho régimen.

Afirma que la simple inconformidad del accionante frente al monto de su mesada pensional no es suficiente para concluir la existencia de vicios del consentimiento al momento de suscribir el traslado, que los propios formularios de afiliación cuentan con la información necesaria y que con la suscripción del formulario también surgieron obligaciones para el demandante, dado que tenía que informarse acerca de las consecuencias de su afiliación.

Agrega que la decisión de primera instancia viola los principios de progresividad y de sostenibilidad financiera, al imponérsele a su representada, cargas adicionales a las que ya tiene con sus afiliados

Solicita que en caso de conformarse la decisión de primera instancia se conforme la orden relativa a la devolución de los aportes a su representada al ser un tercero de buena fe que no puede resultar afectado por la decisión

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 de la 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



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, contrario a lo que plantea la apoderada de Colpensiones, 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

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 CSJSL, 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."



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 la AFP Colmena, hoy Protección 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.

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.

Ahora, aun cuando las recurrentes insisten en que los traslados horizontales entre administradoras del régimen de ahorro individual por parte del demandante constituyen actos de relacionamiento con el que se perfecciona el acto ineficaz, de acuerdo con el criterio expuesto por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia; es del caso tener en cuenta que dicho criterio fue precisado por la Sala Permanente de la misma Corporación en la sentencia SL 1055 de 2022 en los siguientes términos:

“De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”



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 el servidor 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 Colmena, hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; y como consecuencia de ello los traslados que se efectuaron con posterioridad, 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 se encuentra afiliado a la demandada Skandia Pensiones y Cesantías 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.

En ese mismo sentido, las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se encuentran obligadas a devolver las sumas que recibieron por concepto de 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, razón por la que se adicionará la determinación la sentencia de primer grado, en tanto no efectuó pronunciamiento alguno sobre el particular por parte del servidor 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 el 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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.



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>>.

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 las administradoras de fondos privados de pensiones que en el término de treinta (30) días hábiles den 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

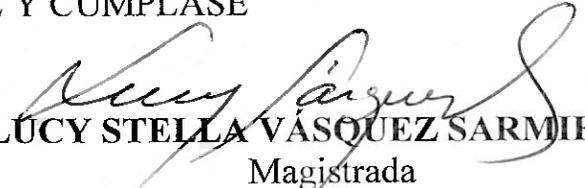
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales en los periodos en que el accionante estuvo afiliado a cada una de estas.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías del régimen de ahorro individual con solidaridad, que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes que les 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


LÚCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 024 2018 00605 01. Proceso Ordinario Helman Duque
contra Colpensiones y otras (Apelación Sentencia).

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.
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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 030 2020 00316 01. Proceso Ordinario Janeth Jiménez Suárez 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 apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. efectivo a partir del 1º de octubre de 1999; se condene a esta administradora a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, con todos los rendimientos que se hubieren causado.



En subsidio de la nulidad de su traslado, solicita se declare la ineficacia de dicho acto.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que se afilió y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de agosto de 1986, y que estando afiliada al régimen por ésta administrado se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad el 18 de agosto de 1999 con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Afirmó que al momento de su traslado de régimen no fue debidamente asesorada por parte de los promotores de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., acerca de los riesgos de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, ni de las ventajas, desventajas e inconvenientes del régimen pensional al que se trasladaba.

Refirió en el mismo sentido que Porvenir S.A. no la asesoró acerca de si tenía derecho o no a la entrega de un bono pensional, como consecuencia del traslado de régimen y de cómo podría influir ello en su pensión; ni que el monto de su pensión se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta de ella y sus beneficiarios; entre otros aspectos propios del régimen de ahorro individual con solidaridad, a pesar de la responsabilidad de tipo profesional que tenía a su cargo de asesorarla eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa.

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. sostuvo que el acto de traslado es válido en la medida que proporcionó a la demandante información clara, veraz y oportuna, para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca de su traslado.



Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colpensiones adujo en su defensa que el traslado se realizó con plena voluntad de la demandante al suscribir el formulario de afiliación y que a la fecha se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y solicita que en caso de acceder a las pretensiones se supedite la afiliación de la demandante al traslado debidamente indexado y con intereses de la totalidad de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, los dineros destinados a seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos y los valores consignados al fondo de garantía de pensión mínima y al fondo de solidaridad pensional. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó aplicación del precedente en la sentencia SL373 del 2021, error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el despacho judicial de primer grado, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con efectividad a partir del 1º de octubre de 1999 y como consecuencia de ello, declaró que se encontraba válidamente afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, y condenó a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de la parte demandada interpusieron recurso de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicita se revoque la sentencia de primer grado a efectos de que se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual aduce en primer término que la aplicación del precedente jurisprudencial no es homogénea para todos los casos de ineficacia del traslado, sino que tiene que existir una identidad fáctica que no se cumple.

Refiere que, con independencia de la información suministrada, las características, condiciones, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encuentran contenidas en la Ley 100 de 1993; por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información que le había sido otorgada.

Afirma que el actuar de su representada ha sido de buena fe objetiva pues sus acciones se sujetaron a los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de la demandante, al brindar la asesoría previa al diligenciamiento del formulario, pues la demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó tener conocimiento de las prestaciones económicas y diferentes modalidades de pensiones del RAIS.

Sostiene que, en caso de confirmarse la determinación relativa a la ineficacia de régimen, el efecto de esta declaratoria, implicaría dejar la afiliación como si nunca hubiera surtido; de manera que trasladar los rendimientos que se generaron en el RAIS no tendría sentido en tanto el traslado no surtió ningún efecto legal, no resulta consecuente ordenar el traslado de los rendimientos generados.

Aduce en similar sentido que su representada ha actuado como agente oficioso involuntario en los términos de los artículos 2.304 y 2.310 del Código



Civil, en cuanto creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otros; de manera que al declararse la ineficacia del acto, su representada terminaría entregando unos rendimientos superiores a los que hubiera obtenido en Colpensiones; luego ello debe dar lugar a un reembolso de utilidad efectiva obtenida, de manera que solo se le debería obligar a entregar los rendimientos que hubieran obtenidos los aportes si hubieren sido administrados por Colpensiones.

Arguye que en ese mismo sentido que tampoco es procedente la restitución de las sumas que su representada canceló por concepto de primas en tanto son sumas que no se encuentran en su poder, sino de la compañía administradora contratada para el efecto.

Finalmente refiere que no es procedente la devolución de indexada de los gastos de administración en tanto se ordenó el traslado de los rendimientos, lo que le permite a Colpensiones cubrir sin ningún tipo de dificultad el derecho pensional.

El apoderado de Colpensiones, por su parte solicita se modifique la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado, para que se condene a la AFP Porvenir S.A. a tratar al demandante conforme con las reglas del régimen de prima medida.

Afirma al efecto que la sentencia que ordena en estos a Colpensiones recibir al afiliado, imparte una justicia incompleta o parcialmente desacertada, en tanto que reconoce el derecho del afiliado de retornar al régimen de prima media, pero esta decisión afecta los derechos de su representada, en tanto que se ve obligada a aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional, de manera que se le estaría condenando por un hecho que no cometió.



Aduce en el mismo sentido que la orden relativa a la devolución de los dineros existentes junto con los gastos de administración no suple el hueco financiero y daño ocasionado a su representada sin que exista garantía para que pueda recuperar los valores correspondientes al Fondo de garantía de pensión mínima, fondo de solidaridad y seguros previsionales, lo cual disminuye notablemente el capital ahorrado.

Agrega que la demandante al permanecer en el RAIS desde 1999 y las cotizaciones realizadas desde ese momento no pudieron ser utilizadas para cubrir las pensiones de las personas mayores, afectando el ciclo piramidal.

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 es procedente la devolución de los rendimientos financieros.



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 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 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

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 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; condición que dimana de lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil.

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.”.

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 AFP Porvenir S.A. debió ofrecer a la 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, 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.

Se precisa en este punto que no resulta de recibo el argumento expuesto por el apoderado de Colpensiones, en el sentido de que en aplicación del concepto de justicia se obligue a la demandada AFP Porvenir S.A. a tratar a la demandante como una afiliada del régimen de prima media; pues tal aspecto



no fue planteado y emprender su procedencia implicaría el desconocimiento del derecho de defensa y el debido proceso tanto de dicha administradora, como de la demandante, a quien se le variarían el sentido de sus pretensiones.

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; 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, no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 o cualquier otra disposición que regula el traslado de régimen.

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 acumuladas 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, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.

Bajo esas mismas premisas, esto es, la declaratoria de ineficacia del acto y sus efectos jurídicos, no resulta procedente que en los términos del artículo 2.310 del Código Civil, se considere ordene la devolución de la *“utilidad efectiva”*; con mayor razón cuando contraviene lo dispuesto en el artículo 2302 de la misma obra en torno al nacimiento de los cuasicontratos, y la agencia oficiosa que invoca hace parte de estos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2303 de la misma obra.

En tal sentido, como la demandante actualmente se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas 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; pese a ello como el servidor judicial de primer grado únicamente dispuso la devolución de *“los costos cobrados por administración”* se modificará dicha determinación a efectos de que se devuelvan los conceptos antes indicados.



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 tal sentido.

De otra parte, 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. Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., ante la improsperidad del recurso de apelación interpuesto.

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, en el sentido de **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que efectúe el traslado a Colpensiones de las sumas

 Ref.: Radicación N° 11001-31-05 030 2020 00316 01. Proceso Ordinario Janeth Jiménez contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

que descontó por concepto de 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, durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada.

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 de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. para su tasación inclúyanse la suma de \$800.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-032-2020-00051-01. Proceso Ordinario de Luis Alfonso Riaño Flórez 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 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el 1º de noviembre 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 el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado 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, tales como cotizaciones, bonos pensionales,



sumas adicionales de aseguradora, rendimientos e intereses, ordenándose a la última entidad tenerla como válidamente afiliada al RPM, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que el actor aportó al Sistema General de Pensiones un total de 1.300 semanas cotizadas al RPM y al RAIS; que al momento de efectuarse el traslado se indujo en error al demandante, ya que el mismo devengaba una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente, siendo obligación del asesor efectuar una proyección pensional; que radicó formulario de afiliación ante Colpensiones el 10 de julio de 2012, la que fue resuelta de forma desfavorable, que elevó petición ante Colpensiones el 18 de octubre de 2019, en la que peticionó continuar en el RPM, sin embargo, la misma fue negada el 30 del mismo mes y año; que elevó solicitud de traslado ante Porvenir S.A. el 18 de octubre de 2019, la que fue despachada de forma desfavorable el 25 de noviembre de 2019; que el monto de la mesada pensional en el RPM estudiada con los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 62.40% ascendería a la suma de \$3.394.926, mientras que con toda la vida y una tasa de reemplazo del 63.11%, el monto sería de \$2.649.939.

En audiencia celebrada el 11 de mayo de 2022, se ordenó por el fallador de primer grado la vinculación de Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, bajo el supuesto que al parecer era con dicha administradora que se efectuó el traslado primigenio respecto del cual se solicita la declaratoria de ineficacia.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la Colfondos S.A. de fecha 7 de febrero de 1996, así como el traslado horizontal efectuado a 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, seguros previsionales,



gastos de administración y comisiones debidamente indexados, así como a Colfondos S.A. a trasladar los gastos de administración y comisiones debidamente indexados, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor 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 Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de Porvenir S.A. solicitó se revoque la decisión en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración indexados, teniendo en cuenta que dentro de la sentencia se confunden las figuras de la nulidad y la ineficacia, pues si las cosas vuelven al estado original en el RPM, en que parte de la Ley se establece que el mismo genera rendimientos financieros al fondo común de Colpensiones, por lo que no se puede ordenar la ineficacia, el retorno del afiliado y además que se deban trasladar los rendimientos financieros que se suponen nunca se originaron, más aún, cuando las restituciones mutuas establecidos en el artículo 1614 del C.C., pues al ordenarse los intereses financieros que no se generaron al estar el actor siempre en el RPM, estos dineros que no tienen fundamento y que generan un enriquecimiento sin causa en su momento en favor de Colpensiones o el demandante, tales dineros pueden servir para soportar la indexación que es la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, situación que ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la



Corte Suprema de Justicia en lo que tiene que ver con las mesadas pensionales e intereses de mora o cuando pide la indexación no se puede dar las dos sanciones, y en este caso los intereses que generó la demandada suplen los gastos de administración, enfatizando, que en los fallos no hay claridad frente a lo que se ordena, pues la ineficacia de la Ley 100 de 1993, lo que permite es dejar al afiliado libre para que pueda realizar la afiliación libre y voluntaria, pero se otorga la nulidad que retrotrae la actuación. Aunado a lo anterior, los gastos de administración son de tracto sucesivo de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no son de reintegro y en ese orden de ideas, no le asiste razón al fallador de primer grado cuando dice que son descuentos efectuados por la demandada, pese a que a Colpensiones llegan intereses financieros que nunca debieron generarse, gastos que además también son descontados por Colpensiones y dicha entidad no realizó ningún tipo de administración sobre el capital del actor.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, a fin de que se absuelva de las condenas impuestas y en su lugar se absuelvan de las suplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto el artículo 2° de la Ley 7097 de 2003, permite el traslado de régimen pensional cada 5 años después de la selección inicial, sin embargo, se limita el derecho cuando al afiliado le falten menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, salvo para quienes tenían cotizados 15 años a la entrada en vigencia del Régimen General de Pensiones quienes pueden retornar en cualquier tiempo al RPM, limitación que se justifica con la argumentación del A.L. 01 de 2005, por lo que las actuaciones están encaminadas al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema y a las disposiciones legales de la Ley 797 de 2003. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición como dice la Corte Constitucional, pues no cotizó por 15 años antes del 1° de abril de 1994, situación que no se presenta en este caso, para aquella época cotizó 50 años, que no equivale a 15 años de cotizaciones, por lo que el



demandante está en la prohibición legal y por ello no se podría tener al actor como afiliado al RPM. Así mismo, frente al estudio de rentabilidad, se debe tener en cuenta que es una operación para determinar que el beneficiario cumpla con el ahorro que debió tener en el RPM y una vez obtenido ello, determinar si es procedente el traslado, ello de conformidad con el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución política. Finalmente, solicita tener en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones fue un tercero ajeno al contrato existente entre el demandante y el fondo privado y por ende no puede verse afectado, ni perjudicado por los efectos jurídicos del mismo.

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.

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. (...)"



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 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 el 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,

“...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).



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 demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como 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 del 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 del 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

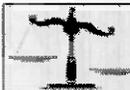


ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como el traslado horizontal 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 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 el actor, 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 del 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, Colfondos S.A., deberá trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima cobrados en vigencia de la afiliación del 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 el demandante fueron realizadas en un intervalo de tiempo bastante amplio y por ello, debe actualizarse el monto de las mismas.

En lo que tiene que ver con la devolución de los rendimientos financieros, 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 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, situación de la cual no se puede concluir un enriquecimiento si causa de parte de Colpensiones o del demandante, pues en últimas, quien debió realizar dicho cobro era la Administradora Colombiana de Pensiones.

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, el demandante no se encontraría inmersa en dicha imposibilidad de traslado.

En punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aduce Colpensiones, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los procesos 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).

Finalmente, frente al argumento de relatividad jurídica que expone la Administradora Colombiana de Pensiones, debe señalarse que por tal razón no hay lugar a la imposición de costas a cargo de dicha demandada, así como



será la misma quien determine si da inicio a las acciones administrativas o judiciales que estime pertinente contra las administradoras privadas, con ocasión de la ineficacia del 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 el actor, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP que en el término de treinta (30) días hábiles den cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo únicamente de Colfondos S.A. y las de esta instancia estarán únicamente a cargo de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

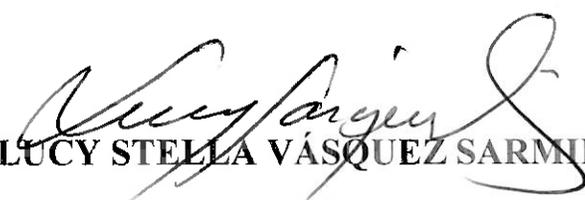
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir 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 treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia en la forme en que se estableció por el aquo; y las de esta instancia, a cargo únicamente de la 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 SARMENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENTE
JUSTIFICADA

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 033 2017 00051 01. Proceso Ordinario de Gloria María Sotelo Malagón contra Colpensiones y Martha Jannette Nivia (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 recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en la misma en los aspectos no recurridos y de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario que previa declaración de que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, se condene a Colpensiones al reconocimiento indexado de la sustitución



pensional causada por el fallecimiento de su cónyuge, Julio Nelso Pineda Alonso desde el 25 de abril de 2015.

Como fundamento de sus pretensiones señaló en síntesis que contrajo matrimonio por el rito católico con el señor Julio Nelso Pineda Alonso el 24 de diciembre de 1979, con quien compartió techo, lecho y mesa por más de 8 años, y quien posteriormente la socorrió, ayudó y asistió hasta el momento de su muerte, acaecida el 25 de abril de 2015.

Afirmó que a pesar de que en calidad de cónyuge solicitó ante Colpensiones el reconocimiento del derecho pensional, esta entidad mediante resoluciones GNR406974 del 15 de diciembre de 2015, GNR53804 del 19 de febrero de 2016 y VPB 18850 del 22 de abril de 2016, negó su reconocimiento ante la existencia de controversia con la señora Martha Jeannette Nivia Martínez.

Una vez notificada la entidad demandada¹ dio respuesta a la demanda oportunamente en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que la demandante no acredita el lleno de los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y por cuanto además existe conflicto con la señora Martha Jeannette Nivia Martínez. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia del derecho de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Por su parte la demandada Martha Jeannette Nivia Martínez² sostuvo que si bien la demandante estuvo casada con el causante no acredita los 5 años de convivencia continuos con anterioridad a su muerte; y que por el contrario ella sí convivió con el causante por espacio de más de 26 años en condición

¹ Cfr fls 44 a 50 del expediente físico.

² Cfr fls 72 a 89 *ibidem*.



de compañeros permanentes. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y mala fe.

La señora Martha Jeannette Nivia Martínez presente intervención ad excludendum en la que solicitó en esencia el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a partir del 21 de abril de 2015. Para lo cual expuso en síntesis que convivió con el señor Julio Nelso Pineda Alonso por más de 26 años hasta el momento de su fallecimiento, compartiendo techo y lecho, y que procrearon un hijo.

Ante el fallecimiento de la demandante, el Juzgado de conocimiento, mediante providencia del 16 de septiembre de 2019 tuvo como sucesores procesales de la demandante a Gloria María, Patricio Rodrigo, Alberto, Esteban y Rosa Sotelo Malagon, en calidad de hermanos; y se dispuso el emplazamiento de los herederos indeterminados, a quienes se designó curador *ad litem*.

El Despacho Judicial de Primer grado profirió sentencia mediante la que reconoció a la señora Martha Jeannette Nivia Martínez la condición de beneficiaria del causante y como consecuencia de ello condenó a Colpensiones al reconocimiento de la prestación de sobrevivencia en un 100% y la absolvió de todas y cada una de las pretensiones de la demanda formulada por la señora Gloria María Sotelo Malagón.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que, si bien la demandante había contraído matrimonio con el causante, no acreditó el periodo mínimo de convivencia, y que la demandada Martha Jeannette Nivia sí lo había acreditado por un periodo de más de 20 años hasta el momento de la muerte del causante.



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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

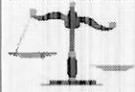
Solicita la recurrente en esencia que se verifique si la demandante Gloria María Sotelo Malagón vivió o no con el causante tal como lo exige la legislación y si dicha convivencia se dio en forma simultánea, debido a que fue quien reclamó e inició la presente acción, y la legislación establece la prestación debe ser compartida en caso de convivencia simultánea.

Agrega a lo anterior que es muy importante el trámite de la segunda instancia en razón a que los herederos de la demandante tienen la oportunidad de continuar con el proceso y demostrar si la señora Gloria María, vivió o no con el causante durante los últimos 5 años, al no existir esta claridad al respecto.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la anterior determinación fue adversa totalmente a los intereses de la demandante, quien no recurrió la decisión, y, además fue adversa a la entidad demandada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento de la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de estas.

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



CONSIDERACIONES

En virtud del recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante y la entidad demandada; corresponde a la Sala determinar si con ocasión al fallecimiento del señor Julio Nelso Pineda Alonso y de ser así, si la demandante y la interviniente ad excludendum tienen derecho al reconocimiento de la misma.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que el señor Julio Nelso Pineda Alonso falleció el 12 de abril de 2015, así como tampoco lo es que para el momento de su fallecimiento se encontraba pensionado por invalidez por parte de Colpensiones; circunstancias que por demás se establecen con el registro civil de defunción y las resoluciones 016570 del 8 de agosto de 2003, GNR406974 del 15 de diciembre de 2015 y GNR53804 del 19 de febrero de 2016.

Conforme con los anteriores supuestos, advierte la Sala que, la normatividad conforme con la cual corresponde determinar la procedencia del reconocimiento del derecho pensional deprecado en principio es la establecida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

Bajo tal perspectiva, en tanto como se indicó, no se discute que el señor Julio Nelso Pineda Alonso al momento de su muerte ostentaba la condición de pensionado, por Colpensiones; el análisis de la Sala se circunscribirá a determinar únicamente si la demandante en condición de cónyuge y/o la interviniente ad excludendum, Martha Jeannette Nivia Martínez en condición de compañera permanente, acreditan la condición de beneficiarias del referido derecho pensional en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, esto es, que hayan



convivido con el causante no menos de cinco años hasta su muerte.

Al respecto encuentra la Sala que tampoco fue objeto de discusión entre las partes, que la demandante, Gloria María Sotelo Malagón, y la causante contrajeron matrimonio el 24 de diciembre de 1979.

Con el propósito de acreditar la convivencia con el causante se aportaron al proceso declaraciones extra juicio y se evacuó la declaración del señor Rodrigo Sotelo; no obstante, en tanto este último en condición de sucesor procesal de la demandante asumió la condición de parte dentro del proceso, no es posible tener en cuenta su testimonio, como declaración de tercero, con mayor razón cuando al momento de deponer ya ostentaba dicha condición.

En tal sentido, de acuerdo con las declaración extrajuicio³ rendida por Gladys Pineda, hermana del causante, éste contrajo matrimonio con la demandada el 24 de diciembre de 1979 y convivió con ella hasta el año 1987; declaración que resulta procedente tener en cuenta en los términos de los artículo 188 y 222 del Código General del Proceso, dado que, a pesar de que se practicó de forma anticipada sin la intervención de las aquí demandadas, también lo es, que estas no solicitaron su ratificación.

Ahora, si bien el deponente José Ignacio Mora Pineda, sobrino del causante, refirió que la convivencia de la demandante con su tío fue de aproximadamente 2 años, no pasa para la Sala desapercibido el hecho que el propio deponente reconoció que para ese momento era muy pequeño y no recordaba bien.

En las condiciones analizadas a juicio de la Sala y contrario a lo que concluyó el servidor judicial de primer grado, la demandante sí acreditó su condición de

³ Cfr fls 35 y 36 ibidem.



beneficiaria del derecho pensional, pues se recuerda en este punto que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral a partir de la sentencia del 20 de noviembre de 2011 dentro del radicado 40.055 y con la precisión que efectuó en la sentencia del 24 de enero de 2012, dentro del radicado 41637, la convivencia del cónyuge puede ser en cualquier tiempo, siempre y cuando se acredite por un periodo mínimo de cinco años. Criterio que ha sido reiterado por dicha Corporación en forma más reciente en las sentencias SL359-2020, SL966-2021 y SL2767-2022, en donde se concluyó:

“... el correcto alcance del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, corresponde a que el consorte con vínculo conyugal vigente, aun separado de hecho, puede reclamar válidamente una pensión de sobrevivientes siempre que haya convivido por lo menos 5 años en cualquier época con el causante afiliado o pensionado, tal como lo ha reiterado esta Sala en múltiples providencias, entre otras, en sentencias CSJ SL. 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019 y CSJ SL4047-2019.” <<Subraya la Sala>>

De tal manera que en tanto la demandante en condición de cónyuge acreditó haber convivido con el causante entre el 24 de diciembre de 1979 y a lo sumo el 1º de enero de 1988, en tanto en la declaración no se precisa la fecha aproximada de separación, se tiene que se acreditó la convivencia entre la señora Gloria María Sotela Malagón y el causante por espacio de 8 años.

Ahora bien, en lo que respecta a la condición de beneficiaria de la demandante *ad excludendum*, Martha Jeannette Nivia, advierte que con el propósito de acreditar la convivencia con el causante se recepción la declaración vertida por el señor José Ignacio Mora Pineda, quien, en condición de sobrino del causante, refirió que su tío convivió con la señora Martha por espacio



aproximado de 26 años, que procrearon un hijo, y que la señora Martha no solo contribuyó en la crianza de tres hijos que el causante procreó con la señora Argenis, sino que estuvo a su lado y lo atendió en el momento de su enfermedad y hasta su muerte; aspectos de los que aduce tener conocimiento no solo por su relación familiar causante, sino porque, lo acompañaba cuando era conductor de bus y que incluso convivió con la pareja por espacio aproximadamente 10 años, aproximadamente hasta el año 2005.

Con tal propósito allegó al proceso el registro civil de nacimiento de Brayan Camilo Pineda Nivia,; certificado de afiliación a servicios exequiales, contratado por el accionante y en el que relacionó como beneficiarios a su hija Lady Mallerly Pineda Ocampo y a la señora Martha Jeannette; certificación expedida por la Nueva EPS en la que se da cuenta de la afiliación de la señora Martha Jeannette en condición de beneficiaria del causante desde el año 2008, recibo de la indemnización reconocida por Mapfre Colombia a favor de la señora Martha Jeannette en condición de beneficiaria del causante; e historia clínica del causante en la que se advierte que en diversas oportunidades el personal médico le informó a la señora Martha Jeannette el estado médico del causante; así como fallo de acción de tutela proferido por el Juzgado Sexto Laboral de Descongestión de Bogotá el 6 de diciembre de 2012 que la señora Martha Jennette promovió a favor del causante contra la Nueva EPS.

En tal sentido, de un análisis conjunto de los anteriores medios de convicción, con la declaración de la propia interviniente ad excludendum, ningún reproche merece a la Sala la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado al considerar la condición de beneficiaria del causante de la señora Martha Jeannette Nivia al acreditarse su convivencia por espacio de 26 años; pese a lo anterior, dado que como se advirtió en forma precedente, la accionante, Gloria María Sotelo Malagón, también acreditó su condición de



beneficiaria, corresponde ordenar el reconocimiento de la prestación en forma proporcional al tiempo total de convivencia.

Por lo tanto, de acuerdo con el tiempo de convivencia de la señora Gloria María Sotelo Malagón, en condición de cónyuge: <<8 años>> y de la señora Martha Jeannete Nivia Martínez en condición de compañera permanente <<26 años>>; corresponde ordenar el reconocimiento de la prestación en un 23,5% a favor de Gloria María, y de un 76,5% a favor de la señora Martha Jeannette.

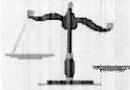
Ningún reproche merece a la Sala la determinación relativa a ordenar el pago indexado de las sumas adeudadas hasta la fecha en que se produzca su pago, ante la pérdida del poder adquisitivo de las mismas producto del tiempo en que transcurrió entre la fecha en se causó el derecho y el momento en que se produzca su pago.

Así mismo, tampoco merece reproche alguno la decisión adoptada frente a la excepción de prescripción, pues a pesar de que el derecho pensional se causó el 21 de abril de 2015; la reclamación administrativa se agotó en el año 2016 con Resolución VPB 18850 mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto, la demanda se radicó 26 de enero 2017 y la intervención *ad excludendum* el 18 de septiembre de 2018, esto es, dentro del término trienal dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y S.S.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo de la 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.- REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a Colpensiones de las pretensiones de la demanda.

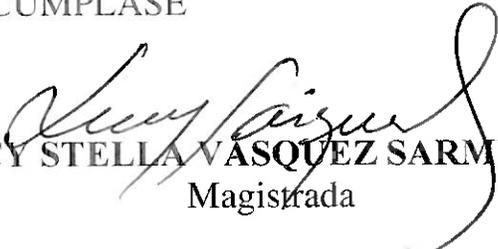
SEGUNDO.- MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **DECLARAR** que la señora MARTHA JEANNETTE NIVIA MARTÍNEZ, es beneficiaria de la pensión de sobrevivencia que se causó con ocasión a la muerte del pensionado JULIO NELSO PINEDA ALONSO, en un 76,5%; y que la señora GLORIA MARÍA SOTELO MALAGÓN es beneficiaria de la misma prestación en un 23,5%.

TERCERO.- MODIFICAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago indexado de la pensión de sobrevivencia a favor de la señora MARTHA JEANNETTE NIVIA MARTÍNEZ y GLORIA MARÍA SOTELO MALAGÓN <<representada por sus sucesores procesales>> en las proporciones indicadas en el ordinal anterior.

CUARTO .- CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

QUINTO.- COSTAS.- Sin lugar a su imposición en esta instancia y se revoca la condena impuesta en primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11-001-31 05 033-2017 00051 01. Proceso Ordinario de Gloria María Sotelo
contra Colpensiones y otra. (Apelación Sentencia).

NO FIRMA POR AUSENCIA

JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2019-00763-01. Proceso Ordinario de Myriam Otilia Vaca Figueredo 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 el recurso de apelación presentado por la apoderada de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el 18 de octubre de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, frente a 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 nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS administrado por Colfondos S.A., así como los traslados horizontales efectuados a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. y como consecuencia de la anterior, se ordene a Porvenir S.A. a retornar los vales que



hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, frutos e intereses y a Colpensiones, a tenerla como afiliada en el RPM sin solución de continuidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que la demandante estuvo afiliada al ISS por el período comprendido entre el 14 de enero de 1993 y el 30 de septiembre de 1997, cotizando un total de 477 semanas; que los asesores de Colfondos S.A. le presentaron el RAIS, indicándole que podía pensionarse antes de la edad y con un monto superior al del fondo público, ya que los aportes entraban en un fondo de la bolsa que generaría mayores rendimientos, que el ISS sería liquidado y sus aportes se perderían; que en el año 199 los asesores de Horizonte hoy Porvenir S.A. le ofrecieron mayores rendimientos que Colfondos, sin embargo, no le efectuaron un estudio pensional, el capital que debía acumular para mantener su calidad de vida; que en el año 2008 se acercaron los asesores de Skandia hoy Old Mutual S.A., quienes le prometieron una mesada más alta que en los otros fondos; que en el año 2012 la demandante se trasladó a Porvenir S.A. al considerar que estaría en un mejor fondo y por cuanto por su edad no podía regresar a Colpensiones; que la demandante estuvo mal asesorada, pues nunca le informaron que podía retornar al RPM cuando tuviere 47 años, que no se efectuó liquidación o doble asesoría; que la actora ha cotizado un total de 1.534 semanas hasta el mes de enero de 2019; que radicó solicitud de anulación del traslado ante Colfondos el 3 de julio de 2019, ante Old Mutual y Porvenir S.A. el 9 del mismo mes y año, las que fueron despachadas de forma desfavorables mediante oficios de fechas 4 de octubre, 29 de julio y 19 de julio de 2019, respectivamente, advirtiéndole, que el formulario suscrito con Porvenir está mal diligenciado, por cuanto no se incluyeron los beneficiarios de la demandante; que elevó solicitud de nulidad del traslado ante Colpensiones el 9 de julio de 2019, la que fue despachada de forma



desfavorable mediante oficio del 23 de julio de 2019; que Porvenir S.A realizó proyección pensional a la edad de 57 años, obteniendo como mesada pensional la suma de \$1.563.000, no obstante, en Colpensiones a la misma edad, la prestación sería por el monto de \$5.612.400.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS y como consecuencia de ello, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, disponiendo que Colpensiones lo reciba y reactive la afiliación, absolviendo a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, así como a la llamada en garantía Mapfre. 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.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida y en su lugar se absuelva de las súplicas elevadas. Lo anterior, por cuanto se aleja de la postura de la Corte Suprema de Justicia frente a las nulidades o ineficacias de traslado, en primer lugar, dada la prohibición de retorno a Colpensiones elevada el 10 de febrero de 2020, momento para el cual contaba con 55 años, siendo una prohibición legal contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, más aún, cuando no hay prueba de algún vicio de consentimiento consagrado en el 1740 del C.C., por no tratarse de un error de nulidad que es el que afecta la validez del acto, no se alegó en el término del



artículo 1750 del C.C., que establece que el término es de 4 años, contados a partir de la celebración del acto o contrato, el que se realizó 10 de septiembre de 1997. Aunado a ello, el despacho debe verificar la ratificación tácita o expresa del contrato y en el caso bajo estudio la demandante la saneó de forma tácita al ejecutar de forma voluntaria lo acordado al momento del traslado, pues la actora desde el diligenciamiento del formato ha consentido los descuentos al RAIS. En torno a la carga de prueba, no existe prueba que permita acreditar algún vicio de consentimiento, sin embargo la Corte Suprema de Justicia nos habla de la responsabilidad del deudor, pero no plica las demás normas, sin analizar quien es el acreedor y el deudor en la afiliación de traslado, pero es imposible acreditar hechos ocurrido en el año 1997, hace 25 años, situación que va de la mano con la falta al deber de información, el que se aplica con el decreto 663 de 1993, el que se materializó hasta la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, por lo que los fondos privados cuentan con el consentimiento del formulario de afiliación, ya que las leyes que surgieron desde el año 1997 y el 2014 no exigían nada diferente al formulario de afiliación, advirtiéndolo, que si bien la AFP debía brindar la debida información, ello no exoneraba a la demandante de concurrir al estudio del que dependía su pensión y la prestación, sin que la ley permita un trato desigual, pues de su decisión dependía las contingencias de invalidez, sobrevivencia y en especial de vejez. Finalmente, frente a la descapitalización del sistema en sentencia C 1024 de 2004, SU 067 de 2010 y SU 130 de 2013, manifestó que no se puede subsidiaria por los otros afiliados al esquema, pues el traslado injustificado del RAIS al RPM, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás pensionados, fundamentos por los cuales se deben negar las pretensiones de la demanda.

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, respecto de aquellos puntos que no haya sido objeto de apelación.

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

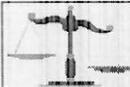
CONSIDERACIONES

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



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.

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.

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).



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 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 demandadas Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual 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 Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, así como el traslado horizontal efectuado a la AFP Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a Old Mutual hoy Skandia Administradora de Fondos de



Pensiones y Cesantías S.A. y a Porvenir S.A. de forma directa, 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 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. Igual situación ocurre respecto de los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la actora con Colfondos S.A Pensiones y Cesantías y Old Mutual hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., por lo que se adicionará la decisión frente a tal concepto.

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, frente a la ratificación expresa o tácita que aduce la apelante, frente al pago de aportes durante el tiempo de afiliación de la actora, debe precisarse que si bien la señora Vaca Figueredo efectuó los aportes al Sistema General de Pensiones en cabeza de cada una de las administradoras privadas, también lo es, que tales pagos derivaban del contrato o acto de afiliación, que en todo caso debieron ser efectuados a Colpensiones, sin que por ello se pueda aducir la debida información por parte de las administradoras de pensiones, pues el fin último del afiliado es la obtención de un derecho pensional.



En punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aduce 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 la 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).

Frente al llamamiento en garantía que se propuso por parte de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. respecto de Mapfre Colombia Vid Seguros S.A., se hace necesario traer a estudio lo normado en el artículo 64 del C.P.G., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que dispone:

“ARTÍCULO 64. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”.

De acuerdo con la norma transcrita, para que proceda el llamamiento en garantía se hace necesario acreditar el vínculo legal o contractual para exigir respecto del llamado el reembolso total o parcial de los perjuicios que se llegaren a producir con el resultado de la sentencia. Así las cosas, se solicita el llamamiento en garantía con ocasión de las renovaciones del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, celebrados por la administradora privada y Mapfre S.A., que cubrían los riesgos derivados de tales contingencias por las anualidades comprendidas entre el año 2008 y el año 2012, en las que se estipuló:



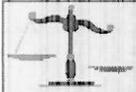
“LA MORA EN EL PAGO DE LA PRIMA DE LA PÓLIZA O DE LOS CERTIFICADOS ANEXOS QUE SE EXPIDAN CON FUNDAMENTO DE ELLA, PRODUCIRÁ LA TERMINACIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO Y DARÁ DERECHO AL ASEGURADOR PARA EXIGIR EL PAGO DE LA PRIMA DEVENGADA Y DE LOS GASTOS CAUSADOS CON OCASIÓN DE LA EXPEDICIÓN DEL PRESENTE CONTRATO.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. QUE EN ADELANTE SE LLAMARÁ “LA COMPAÑÍA”, INDEMNIZARÁ AL ASEGURADO DE ACUERDO CON LOS TÉRMINOS, ESTIPULACIONES, EXCEPCIONES Y LIMITACIONES DE LA PRESENTE PÓLIZA Y DE LOS ANEXOS QUE SE EXPIDAN CON FUNDAMENTO EN ELLA.

QUEDA ENTENDIDO QUE SE AMPARA ÚNICAMENTE Y SEGÚN SUS CONDICIONES, AQUELLOS RIESGOS QUE EN EL CUADRO APAREZCAN ESTABLECIENDO LA SUMA ASEGURADA Y LA PRIMA ESTIPULADA EN RELACIÓN A UNO O VARIOS RIESGOS.”.

Aunado a ello, revisados tales contratos, se observa que los cuadros a que se hace relación en las pólizas, son los concernientes a los riesgos amparados denominados como “MUERTE POR RIESGO COMÚN” y “INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN”, que tenían un valor asegurado definido como “SUMA ADICIONAL PARA LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES” y “SUMA ADICIONAL PARA LA PENSIÓN DE INVALIDEZ”, así como, que dentro de las observaciones se indicó “EL VALOR ASEGURADO PARA EL AMPARO DEL AUXILIO FUNERARIO NO PODRÁ EXCEDER A DIEZ (10) NI INFERIOR A CINCO (5) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES”, siendo tales preceptos los que se amparan con el contrato de seguro.

En tales términos, se advierte que no le asiste razón al llamante respecto de los perjuicios que reclama de la llamada en garantía, en el sentido que dentro de los riesgos asegurados no se encuentra la devolución del pago de tales



pólizas de seguro, pues en ellas quedó establecido, que la cobertura se generaba respecto de la pensión de sobrevivientes, la pensión de invalidez y el valor del auxilio funerario de los afiliados al Fondo de Pensiones Obligatorias Skandia y al Fondo Alternativo de la misma administradora privada.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que no es posible trasladar la responsabilidad y obligación que tenía la administradora de pensiones de brindar la debida información al afiliado en cabeza de la llamada en garantía Mapfre Colombia Vid Seguros S.A., pues tal obligación no se encuentra contenida en los términos de las pólizas de seguro, ni se trata de una obligación legal de la misma compañía de seguros y por el contrario, tal deber se encuentra a cargo de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., quien es administradora del régimen pensional y por tanto posee el conocimiento y experticia suficiente para brindar la asesoría a sus afiliados, por lo que se absolverá a la llamada de las pretensiones incoadas en su contra, debiéndose confirmar en tal ítem la decisión de primer grado

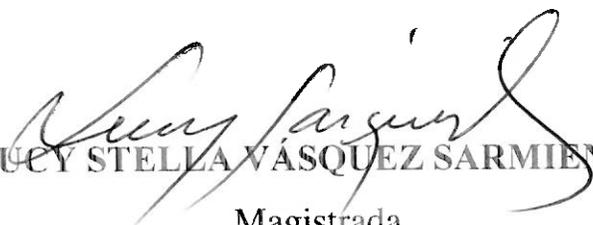
Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP que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

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia en la forma como se indicó por la aquo y sin ellas en la alzada, dado el estudio del 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** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el sentido que se ordena la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, descontados en vigencia de la afiliación de la señora Myriam Otilia Vaca Figueredo, durante el término de permanencia de la misma en Colfondos S.A Pensiones y Cesantías y Old Mutual hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **CUARTO: COSTAS** de primera instancia en la forma como indicó la falladora de primer grado y sin ellas en esta instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2019-00763-01. Proceso Ordinario de Myriam Otilia Vaca Figueredo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2019-00737-01. Proceso Ordinario de Urbano Leiva 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 presentado por el apoderado de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de marzo de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública.

ANTECEDENTES:

El señor Urbano Leiva, presentó demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, con el fin de que se declare que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como que acredita más de 1350 semanas cotizadas, dentro de las que se deben incluir las que se encuentran en mora con el empleador

Universal de Campanas por el período comprendido entre el 3 de enero de 1985 y el 3 de enero de 1994 y el Ministerio de Defensa Nacional por el interregno establecido entre el 12 de mayo de 1974 y el 30 de abril de 1976 y que como consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, atendiendo lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 o en la Ley 71 de 1988 o en la Ley 797 de 2003, a partir del momento en que cumplió 60 años de edad, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el día 4 de octubre de 2018; que el actor nació el 23 de enero de 1955, por lo que al momento de radicar la demanda cuenta con 64 años de edad y ha cotizado más de 1.000 semanas en el Sistema General de Pensiones; que el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada de vigencia de la ley se exigía 40 años de edad 15 años de servicios, por lo que cumple con los requisitos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

Frente a dichas súplicas, el aquo condenó a la encartada a computar en la historia laboral el período servido al Ministerio de Defensa Nacional con ocasión del servicio militar que prestó el demandante por el período comprendido entre el 12 de mayo de 1974 y el 30 de abril de 1976, para lo cual debería solicitar ante dicha Cartera, procediera con el pago de la cuota parte correspondiente y absolvió a la encartada de las demás pretensiones de la demanda. Frente a las cotizaciones a cargo de la empresa Universal de Campanas refirió que dicha sociedad afilió al actora a partir del 11 de febrero de 1991, tal como se desprendía de la historia laboral, por lo que al no existir la afiliación por parte del

empleador, no existía obligación de cobro alguna a cargo del entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, por lo que no se podía tener en cuenta el período reclamado, razón por la cual al no mantener el régimen de transición, no era procedente el reconocimiento de la pensión de vejez.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, teniendo en cuenta que el actor es beneficiario del régimen de transición de acuerdo con las semanas que se encuentran en mora por la empresa Universal de Campanas desde el 3 de enero de 1985 al 3 de enero de 1994, más las ya reconocidas por el Despacho respecto del Ministerio de Defensa Nacional, afirmando que los errores de la administración y del empleador en este caso no pueden afectar al demandante, en el sentido que si bien es cierto no existe la afiliación, sí se encuentra la constancia laboral que fue anexada al expediente donde consta la relación laboral del actor con la empresa, así como, también se anexó una certificación médica en la que consta que el 7 de abril de 1987 el demandante estuvo como ayudante de oficios varios con la misma sociedad y hubo una incapacidad laboral, por lo que acredita la relación laboral en el año 87 y por tanto, el vínculo se da desde el año 1985. Que en ese orden de ideas, el actor es beneficiario del régimen de transición, así como es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez por el decreto 758 de 1990, a partir del cumplimiento de la edad o en dado caso, con la ley 71 de 1988, la que también se solicita en las pretensiones de la demanda y en todo caso, de no ser beneficiario del régimen de transición, se debe hacer el estudio con la Ley 797 de 2003, sumando las semanas que están en mora, fundamentos por los que se debe revocar la decisión de primera instancia en tal sentido, junto con los intereses de mora, la indexación de la condena y las costas a partir del cumplimiento de la edad o de la última cotización.



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.

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 la parte demandante peticiona el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, previo el cómputo de las cotizaciones que no se efectuaron por los empleadores Ministerio de Defensa nacional y la sociedad Universal de Campanas; el problema jurídico a resolver en esta instancia, se circunscribe en determinar si en efecto el demandante es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y si por ello es posible conceder la pensión, para lo cual, se deberá tener en cuenta la posible existencia de mora patronal en el pago aportes, así como, la inactividad de las obligaciones de cobro coactivo por parte de Colpensiones.

Así las cosas, frente al derecho pensional cumple recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De

manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad <<40 años para el caso de los hombres>> o el de tiempo de servicios cotizados <<15 años de servicios o cotizaciones>>.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

En el asunto, acorde con la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa en el expediente administrativo, se puede establecer que el demandante, al 1° de abril de 1994, tenía cumplidos 39 años de edad,

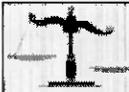


pues nació el 23 de enero de 1955, por lo que el señor Urbano Leiva, por la edad no es beneficiario del régimen de transición.

No obstante, se debe proceder con el estudio de las semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, encontrándose que el actor cotizó al entonces Instituto de los Seguros Sociales un total de 171.28 semanas, más el tiempo servido al Ministerio de Defensa con ocasión del servicio militar por el tiempo comprendido entre el 12 de mayo de 1974 y el 30 de abril de 1976, los que deberán ser tenidos en cuenta, arrojando un total de 103.57 semanas, las que una vez computadas con las cotizadas al ISS se estiman en un total de 274.85 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, por lo que tampoco sería beneficiario del régimen de transición por el tiempo cotizado.

Sin embargo, como se reclama la falta de pago de aportes por su empleador, se debe entrar en dicho estudio, para lo cual es necesario efectuar distinción entre la mora patronal y la falta de afiliación al Sistema General de Pensiones, ya que el primero de los mencionados se produce cuando el empleador realiza la afiliación al Sistema General de Pensiones, pero no realiza los aportes mensuales en favor de sus trabajadores, momento en el cual la administradora de pensiones ya sea del sector público o privado, queda habilitada para realizar las gestiones tendientes a obtener el cobro de los mismos, mientras que en el segundo supuesto, no existe comunicación o documento alguno que pueda determinar la existencia del vínculo laboral, pues no se genera la afiliación y por tanto la AFP, se encuentra en imposibilidad de ejercer cobro alguno respecto de los aportes.

Lo anterior, ha sido señalado de forma reiterada por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en la sentencia con radicado



No. 87974 del 11 de agosto de 2021, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se señaló:

“Precisamente al estudiar asuntos similares a este, en sentencias CSJ SL1506-2021 y CSJ SL5058-2020, la Sala señaló:

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación.

Entonces, tal como lo mencionó el tribunal, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema, debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; asunto que si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema. En ese sentido resulta pertinente reiterar lo enseñado por la Corte en sentencias CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 37555 y CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211.

En consecuencia, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes, toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema primero debe reportarse la afiliación del trabajador y un incumplimiento en el pago de la cotización. Ello es así, porque el deber de efectuar cotizaciones nace a partir de la relación de trabajo, la cual se pone en



conocimiento del sistema de seguridad social mediante el formulario de afiliación del trabajador o de la novedad de vinculación laboral; de manera que al omitirse esta, no es posible que la administradora establezca la condición de deudor moroso del sistema.

Lo anterior, de ninguna manera significa que el empleador quede liberado de su obligación o que los periodos laborados y carentes de cotización no deban contabilizarse para efectos pensionales; por el contrario, ese tiempo debe computarse en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, para lo cual el empleador deberá pagar el cálculo actuarial a la administradora de pensiones, representado por un hono o título pensional; sin embargo, en el presente asunto ello no resulta viable comoquiera que los presuntos responsables no fueron convocados a juicio, lo que impide emitir una condena en su contra, como en efecto lo estimó el ad quem (CSJ SL4021-2019, SL3055-2019 y CSJ SL837-2020).".

Teniendo claridad en lo anterior, el actor solicita se tenga en cuenta los aportes dejados de efectuar por parte de la sociedad Universal de Campanas referente al período comprendido entre el 3 de enero de 1985 y el 3 de enero de 1994.

Así las cosas, una vez cotejada la historia laboral del actor que fuere aportada tanto por el demandante, como por la demandada Colpensiones, se advierte que no se presenta la figura de la mora en el pago de los aportes y por tanto no era obligación del entonces Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones proceder con el cobro de los mismos, pues con anterioridad a la afiliación efectuada a partir del 11 de febrero de 1991, no podía la administradora de pensiones tener conocimiento de la relación laboral que ostentaba el actor con dicha empresa, situación que se hace aún más gravosa, teniendo en cuenta que el empleador respecto del cual se pretende el pago, tiene la matrícula cancelada, hecho del cual



ya tenía conocimiento el señor Leiva, no solo con el certificado de cámara y comercio, sino también con la certificación emitida por la Alcaldía de Soacha, en la que consta la afectación padecida por la sociedad, lo que hace casi imposible el cobro de las cotizaciones dejadas de efectuar mediante el cálculo actuarial al que se ha hecho mención.

Así las cosas, se advierte que existió una indebida interpretación por el fallador de primer grado, en el sentido de afirmar que el actor es beneficiario del régimen de transición, pues el demandante no contaba con la edad de 40 años, ni los 15 años de servicios de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resaltando, que si bien entre la primera cotización del actor y el 1º de abril de 1994, pasaron más de 15 años, ello no implica que se hubiere efectuado cotizaciones por dicho interregno, pues como ya se dijo, solo habría cotizado un total de 274, 85 semanas y en todo caso, de computarse la aducidas con el empleador que no efectuó las cotizaciones, estas son por el período comprendido entre el 3 de enero de 1985 y el 10 de febrero de 1991, teniendo en cuenta que la afiliación se generó como ya se dijo, a partir del 11 de febrero de 1991, tampoco le alcanzarían las mismas para ser beneficiario de la transición, pues acreditaría un total de 587.13 semanas, razón por la cual, ni siquiera se hace necesario efectuar pronunciamiento alguno referente al A.L. 01 de 2005.

Ahora bien, frente al posible derecho pensional consagrado en la Ley 797 de 2003, la misma establece que para el reconocimiento de la pensión de vejez se requiere que el afiliado hubiese cotizado un total de 1300 semanas cotizadas en su vida laboral y 62 años de edad.

Al respecto, se encuentra que en efecto el demandante acredita la edad necesaria para el reconocimiento del derecho pensional, pero no así, la

densidad de semanas necesarias para tal fin, pues incluso de tenerse en cuenta la totalidad de períodos reclamados (03/01/1985 al 10/02/1991, que son las que no se han computado a la historia laboral), el señor Urbano Leiva solamente acreditaría un total de 843.99 semanas en su vida laboral, por lo que tampoco se puede reconocer la prestación por tal compendio normativo.

Ahora bien, le asiste razón al fallador de primer grado, en lo concerniente al cómputo del tiempo servido al Ministerio de Defensa Nacional y que se encuentra demostrado con el Certificado Laboral de Empleados Públicos, pues es dicha Cartera quien debe responder por tal período, para lo cual Colpensiones deberá efectuar el cálculo de la cuota parte que le corresponda en caso de reconocerse alguna prestación en favor del afiliado.

En ese orden de ideas, no queda más que confirmar la decisión de primer grado. Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en las instancias.

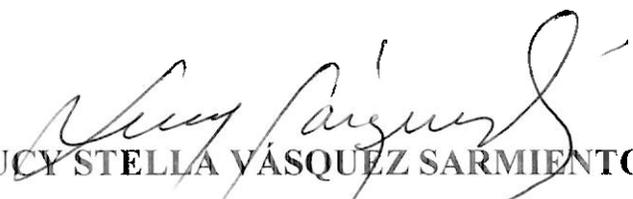
DECISIÓN:

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,



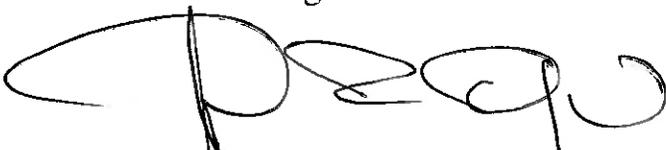
RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 16 de marzo de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-036-2019-00962-01. Proceso Ordinario de Cesar Octavio Vargas Trujillo 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de abril 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 el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de la afiliación a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 5 de mayo de 1995 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 intereses de



mora por la no autorización del traslado, la actualización de las sumas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que el actor laboró al servicio de varios empleadores con los cuales efectuó aportes al Sistema General de Pensiones, conforme se desprende de la historia laboral emitida por Porvenir S.A.; Que empezó a realizar cotizaciones a Colpensiones a partir del 15 de marzo de 1982 y hasta el 31 de mayo de 1994, ya que se afilió a Porvenir S.A. a partir del 5 de mayo de 1995; que al 1° de abril de 1994 contaba con 35 años; que el 1° de junio de 1994 dado el acoso sistemático de los asesores de Porvenir S.A., se le informó que el ISS se iba a quebrar y le ofrecieron beneficios superiores a los que otorgaba el ISS, tales como que podía pensionarse en un menor tiempo, sin mencionarle que el monto de la mesada pensional sería inferior al que obtendría en el RPM, pues a la edad de 60 años tendría derecho a una mesada por la suma de \$826.643, que al efectuar el traslado perdería los beneficios del mismo régimen; que el formulario de afiliación no está debidamente diligenciado por el empleador, momento para el cual contaba con 35 años de edad y 347 semanas cotizadas, faltando 28 años para pensionarse; que Porvenir S.A. realizó simulación pensional, estableciendo que a la edad de 62 años obtendría una mesada pensional por la suma de \$484.398, por lo que no alcanzaría el estatus de pensionado, no obstante, con la proyección en el RPM a la misma edad sería por el monto de \$828.116; que elevó solicitud ante Porvenir S.A. solicitando el traslado, la que fue negada, aunado con que no quería hacer entrega del formulario de afiliación; adujo, que elevó petición ante Colpensiones en el que solicitó su afiliación y retorno automático al RPM el 30 de abril de 2019, la que fue negada mediante oficio del 8 de mayo de 2019.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Porvenir S.A. de fecha 5 de mayo de 1994, ordenando



trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones, incluyendo los seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado y actualizando la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor 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.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado, teniendo en cuenta que no se cumple lo dispuesto en el artículo 11 del decreto 692 de 1994, pues el formulario de afiliación da origen a la existencia y validez de la afiliación, ya que con la suscripción del mismo, se entiende la aceptación de todas las condiciones del RAIS, documento que se presume auténtico en los términos del artículo 243 del C.G.P., se acredita el cumplimiento de las obligaciones a cargo de Porvenir, como es el de información, siendo pertinente que para el momento de la afiliación del actor en el año 1994, la demandada solo debía conservar dicho documento y no prueba diferente de la información brindada, por lo que a la luz del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se aduce que la afiliación quedará sin efectos cuando existan actos que atenten contra la afiliación al sistema general de seguridad social, situaciones no acreditadas en el proceso y por el contrario, se demostró que la AFP cumplió la normativa vigente al momento de la afiliación. Adujo de forma subsidiaria, que de encontrarse acreditada la ineficacia, se absuelva de la devolución de comisiones y gastos de administración en primer lugar por



cuanto son descuentos autorizados por la buena administración de la cuenta del afiliado, que se vio materializado con el incremento de los rendimientos financieros y en segundo lugar, al ordenarse dicha devolución se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, pues no existe norma que disponga dicha devolución y por el contrario el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 indica los emolumentos a retornar como lo es el saldo de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos generados, por lo que no financian el derecho pensional y son propiedad del fondo privado como contraprestación de la actuación generada y desconoce el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues en el caso que se hubiere mantenido la afiliación en el RPM, también se hubiere generado los descuentos de administración, para la cobertura de las prestaciones de invalidez y sobrevivientes, los que también están sujetos a la prescripción

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.

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 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 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.

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



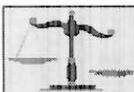
que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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 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 el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un

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).



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 la demandada Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del 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 del 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 Sociedad Administradora 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 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.

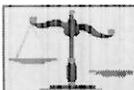
Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar



cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora 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 el actor, 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 del 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.

Ahora bien, debe precisarse que si bien el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece el descuento por gastos de administración y primas de reaseguro, también lo es, que tales conceptos no le pertenecen a las administradoras privadas, sino que por el contrario, son del afiliado, en el entendido que tales porcentajes hacen parte del aporte mensual del afiliado y por tanto pertenecen al mismo, advirtiéndose, que de conformidad con los reiterados pronunciamientos efectuados por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral, el retorno de los mismos es procedente, más aún, cuando al entenderse que al haberse declarado la ineficacia, es como si no se hubiere dado tal vínculo entre las partes y por tanto quien debía realizar el descuento de dichos conceptos era Colpensiones.

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 al 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 el actor, 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.

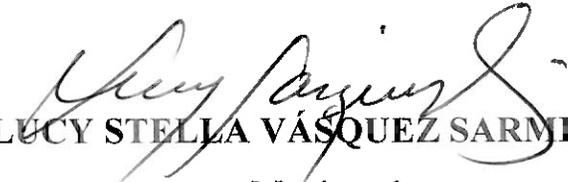
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida, en el sentido de absolver de la condena en costas a Colpensiones, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en lo demás. **CUARTO: COSTAS** de

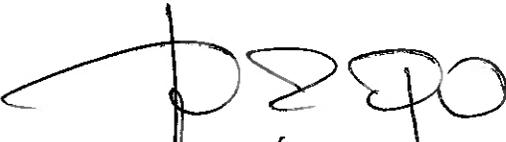
 Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-036-2019-00962-01. Proceso Ordinario de Cesar Octavio Vargas Trujillo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

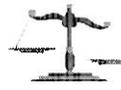
ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000, de conformidad con las motivaciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 1100131050 039 2018 00247 02. Proceso Ordinario de Diego José Dangon Vizcaino contra Fondo Nacional del Ahorro (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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Solicita el demandante mediante el trámite del proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de una relación laboral con la demandada en condición de trabajador oficial desde el 11 de abril de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2015; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los derechos extralegales al subsidio de alimentación, la prima técnica de origen, la prima extraordinaria de origen convencional, la prima de vacaciones, el estímulo de recreación, la prima de navidad, la bonificación por servicios prestados; así como al



reconocimiento y pago de cesantías, la indemnización moratoria y la indemnización por despido sin justa causa.

Como sustento de las pretensiones adujo básicamente que laboró al servicio de la demandada desde el 11 de abril de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2015, cumpliendo funciones de los cargos de Administrativo I y Administrativo III; las cuales consistían en recibir correspondencia, recibir demandas, solicitudes y requerimientos relacionados con los procesos a favor y en contra de la entidad.

Afirmó que su vinculación se efectuó mediante tres contratos de trabajo sin solución de continuidad así: el primer contrato de trabajo con Temporales Uno A Bogotá S.A. del 11 de abril de 2013 al 10 de abril de 2014, el segundo contrato de trabajo con la misma empresa del 11 de abril al 30 de noviembre de 2014, y el tercer contrato de trabajo del 1° de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, con la empresa Optimizar Servicios Temporales S.A.; recibiendo en cada uno de estos como contraprestación por sus servicios la suma mensual de \$2'500.000,00.

Refirió que nunca conoció las personas que representaban a las referidas empresas y que siempre recibió órdenes directas por parte del Dr. Wilson Pomar Barón, quien cumplía funciones de como Coordinador del Grupo Cobro Jurídico del FNA en la ciudad de Bogotá.

Expuso que el 13 de marzo de 2018 radicó ante la demandada, encaminada al reconocimiento de y pago de la totalidad de las prestaciones y beneficios contenidos en la Convención Colectiva de Trabajo.



Una vez notificada la entidad demandada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que el demandante nunca fue su trabajador. Propuso en su defensa la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario y pleito pendiente; y las excepciones de mérito de buena fe, compensación y prescripción.

Mediante providencia proferida el 17 de julio de 2019 se declaró parcialmente probada la excepción de pleito pendiente en relación con el periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015; determinación que fue confirmada por esta Sala de Decisión en auto del 31 de octubre de la misma anualidad.

Al desatar las pretensiones de la demanda el Despacho Judicial de primer grado declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 11 de abril de 2013 y el 30 de noviembre de 2014 y declaró probada la excepción de prescripción frente a todas y cada una de las pretensiones de condena.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que la vinculación del demandante a través de la empresa de servicios Temporales Uno A Bogotá S.A., no se ajustó a los presupuestos legales y que en razón a ello la demandada ostentó la condición de verdadera empleadora, con mayor razón cuando el demandante ejercía actividades que eran propias de la demandada. Pero que en tanto el referido vínculo finalizó el 30 de noviembre de 2014 y la reclamación se presentó el 13 de marzo de 2018, los derechos deprecados se encontraban prescritos.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.



FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la demandante, de cara a la prosperidad de la excepción de prescripción, dirige su inconformidad a la conclusión relativa a los extremos temporales del vínculo laboral declarado, por cuanto se debe extender hasta el 30 de septiembre de 2015.

Aduce al efecto que si bien se declaró la excepción pleito pendiente respecto de la demandada promovida en contra de la empresa de servicios temporales Optimizar y solidariamente contra el Fondo Nacional del Ahorro, dicha acción pretende el reconocimiento de unas prestaciones de origen legal y adicionalmente la declaración de una verdadera relación laboral entre el demandante y el Fondo Nacional del Ahorro; y con independencia de que esta última pretensión coincida con la pretensión declarativa principal del presente asunto, ello no impide que su mandante acceda a las prestaciones convencionales que se reclaman por el periodo en que prestó servicios al Fondo Nacional del Ahorro a través de dicha empresa de servicios temporales.

Señala en el mismo sentido que la verdadera condición que ostenta su mandante respecto del Fondo Nacional del Ahorro la reconozca el otro despacho y que luego se reconozca en este proceso, lo que procura este tipo de acciones es la declaratoria de su verdadera condición, el contrato realidad, no una pretensión económica como tal; sino que eventualmente estarían reconociendo la verdadera condición de él.

Agrega que la declaratoria de pleito pendiente se centró en entender que las pretensiones incoadas en aquella demanda que lo originó coincidían con las presentadas por mi cliente en su solicitud de trabajador oficial y no es así; puesto que lo único en que coinciden es en las cesantías, pero que incluso



frente a tal derecho en el presente asunto se reclama la reliquidación de las cesantías; y dado que la verdadera discusión de fondo es determinar si tiene derecho o no a las prestaciones a que tienen derecho los empleados de planta.

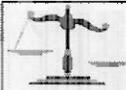
Por su parte el apoderado de la demandada se opone a la declaración del contrato de trabajo y como consecuencia de ello de la condición de trabajar oficial; para lo cual aduce que la servidora judicial de primer grado dejó de tener en cuenta que los contratos que suscribió con las empresas de servicios temporales, se dieron por la necesidad de garantizar el correcto desarrollo de la actividad contratada.

Agregó que se debió tener en cuenta que la vinculación del demandante se fundó en lo previsto en el artículo 70 de la Ley 50 de 1990; y que de manera equivocada se hizo ver como si cada contrato hubiera sobrepasado los términos; sin embargo, cada contrato sobrepasó de un año.

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

CONSIDERACIONES:

En los términos del recurso de apelación y en virtud del principio de consonancia establecido en el artículo 66A del C.P.T. y la S.S., el análisis de la Sala se contrae a establecer, si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral; y de ser así, los extremos del mismo y si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales que reclama.



Con tal propósito corresponde tener en cuenta que la entidad accionada es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, razón por la que a efectos de determinar la existencia o no del vínculo laboral que se reclama, corresponde acudir a lo que para el efecto establece el Decreto 2127 de 1945.

Así las cosas, de acuerdo con lo que establece el Decreto 2127 de 1945 en su artículo 2º, para que se configure la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos: 1. **La actividad personal o prestación del servicio** 2. **La dependencia o continuada subordinación**, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y; 3. **La existencia de salario**.

Lo anterior, no significa en todo caso que quien alegue la existencia de ésta clase de vínculos, deba acreditar cada uno de los elementos mencionados, pues al igual a lo que acaece en el marco de la relaciones entre particulares; al tenor de lo dispuesto en el artículo 20¹ del Decreto 2127 de 1945, le basta con acreditar la prestación personal del servicio, para que se presuma la existencia del contrato de trabajo.

Ahora bien, no es objeto de discusión entre las partes que el demandante se vinculó con la demandada como trabajador en misión, en virtud de los contratos de trabajo que suscribió con la empresa de servicios temporales Temporales Uno A SAS, desde el 11 de abril de 2013 hasta el 10 de abril de 2014, y del 11 de abril al 30 de noviembre de 2014; aspectos que por demás

¹ " El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción."



se pueden establecer de las certificaciones expedidas por la referida sociedad el 10 de abril de 2018² y el 19 de noviembre de 2014³.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al fondo del asunto, considera la Sala oportuno tener en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 el objeto de las empresas de servicios temporales fue limitado en forma general a la colaboración temporal a terceros en el desarrollo de sus actividades; y fue bajo tal orientación que en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 se previó, que los usuarios sólo pueden contratar con empresas de servicios temporales, cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias; para reemplazar personal en vacaciones, licencia e incapacidad por enfermedad o maternidad, o por incrementos en la producción, transporte, ventas de productos o mercancías, períodos estacionales de cosechas y prestación de servicios, por un término de 6 meses prorrogable hasta por 6 meses más, de esta forma también lo establece el artículo 13 del Decreto 24 de 1998 que reglamentó el ejercicio de las empresas de servicios temporales.

Por tanto, tal como lo consideró la servidora judicial de primer grado, advierte la Sala que, esa forma de contratación está delimitada no solo a un arco de tiempo estrictamente necesario para el acometimiento de una situación particular y determinada sin que una vez vencido éste pueda celebrar un nuevo contrato con la misma empresa de servicios temporales u otra diferente, sino que adicionalmente se encuentra sujeta a un propósito determinado; de suerte que de infringirse esa previsión legal, la consecuencia no puede ser otra que la usuaria del servicio asuma la calidad de verdadera empleadora; así lo enseñó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17025 del 16 de noviembre de 2016.

² Cfr. fl. 39 Archivo 01.

³ Cfr. fl. 40 a 41. *Ibidem*.



En consecuencia, las empresas de servicios temporales se encuentran facultadas para suministrar el personal que requiera un tercero para el desarrollo de determinada actividad pero en forma temporal, y presenta como particularidad lo que jurisprudencialmente se conoce como subordinación delegada, en virtud de la cual el usuario del servicio tiene poder de subordinación pero quien en realidad funge como empleador es precisamente la empresa de servicios temporales; no obstante, si la contratación se llegare a efectuar por fuera de los casos señalados en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, el usuario pasa a ser considerado el verdadero empleador y la empresa de servicios temporales un simple intermediario, de esta forma lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia del 24 de abril de 1997, dentro del radicado 9.435; en sentencia del 22 de febrero de 2006 dentro del radicado 25.717, en sentencia del 6 de julio de 2011, dentro del radicado 32.410 y en sentencia SL4330 de 2020.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, ningún reparo merece a la Sala la determinación adoptada por la servidora judicial de primer grado; pues aun cuando la demandada en la alzada insiste en que la contratación del demandante como trabajador se dio para garantizar el desarrollo de su fin social y que cada contrato no superó los términos legales; lo cierto es, que no existe medio de convicción dentro del plenario que la vinculación del demandante como trabajador en misión se encontrara enmarcada dentro de los supuestos previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y aun en gracia de discusión, contrario a lo que plantea el apoderado de la demandada, la vinculación del actor sí superó los términos previstos en la referida disposición.

En efecto, si bien individualmente considerados, los contratos de trabajo en virtud de los cuales se vinculó al demandante como trabajador en misión,



no superaron el término de un año; en virtud del principio de primacía de la realidad de raigambre constitucional; conforme a lo indicado en forma precedente, una vez vencido el periodo inicial la accionada no podía celebrar un nuevo contrato a través de la misma empresa de servicios temporales, como en efecto sucedió, o a través de otra diferente.

Estableció como se encuentra el vínculo laboral entre las partes, corresponde determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones que reclama; pero para ello previamente se analizaron los motivos de inconformidad expuestos por el apoderado de la parte actora, quien plantea que el extremo final del vínculo debe reconocerse hasta el 30 de septiembre de 2015.

Al efecto basta a la sala indicar que el problema que en esta oportunidad plantea el apoderado de la parte demandante, ya había sido dilucidado, no solo al resolver la excepción de pleito pendiente, sino en la etapa de fijación del litigio; y por lo tanto no resulta procedente abordar nuevamente su estudio.

Lo anterior en tanto, mediante providencia proferida en audiencia del 17 de julio de 2019 se declaró probada en forma parcial la excepción de pleito pendiente, en relación con el vínculo laboral reclamado respecto del periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2015, y esta determinación que fue confirmada por esta Sala de Decisión en providencia del 31 de octubre de la misma anualidad.

Aunado a ello en la etapa de fijación del litigio, a pesar de que el apoderado de la parte actora con argumentos similares pretendió que se incluyera dentro del debate jurídico las prestaciones causadas en el referido periodo; el Juzgado de primer grado negó tal solicitud y determinó que el litigio versaría en relación con el periodo comprendido entre el 11 de abril de 2013



y el 30 de noviembre de 2014; motivo por el que no se accederá al planteamiento que en esta oportunidad reitera el apoderado de la parte actora.

Corroborada como se encuentra la existencia del vínculo laboral y sus extremos, por razones de carácter metodológico la Sala analizará la determinación acogida en torno a la prosperidad de la excepción de prescripción, para lo cual se ha de tener en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y S.S. el término prescriptivo es de tres años los cuales comienzan a contabilizarse a partir del momento en que se hacen exigibles, pero puede ser interrumpido por una sola vez con la reclamación escrita.

En el caso objeto de estudio, tal como se determinó el vínculo laboral del demandante finalizó el 30 de noviembre de 2014 y radicó la reclamación administrativa el 13 de marzo de 2018, esto es, vencido el término trienal de prescripción; ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el Despacho Judicial de primer grado, al declarar probado este medio exceptivo.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia dado el resultado adverso de la presente decisión a ambos recurrentes.

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,

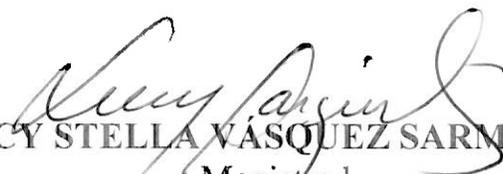


RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

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 agosto de dos mil veintitrés (2023)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2022-00036-01. Proceso Ordinario de Niévalo José Ochoa Gámez 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 el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de noviembre 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 el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación a Colfondos S.A. en el mes de marzo de 1996, así como el traslado horizontal efectuado a 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, tales



como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, ordenándose a la última entidad tenerla como válidamente afiliado al RPM sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 3 de junio de 1955, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 66 años de edad, afiliándose al Sistema General de Pensiones en Cajanal a partir del 1° de enero de 1983, cotizando 72 semanas; que el actor recibió asesor de Colfondos S.A. en marzo de 1996, suscribiendo el formulario de afiliación, régimen en el cual cotizó un total de 1.362 semanas; que elevó derechos de petición ante Protección S.A. y Colfondos S.A. los días 6 y 12 de enero de 2021, mediante el cual solicitó su traslado a Colpensiones, así como, que de hiciera proyección de la mesada pensional, se suministrara el documento que acreditara la capacitación y conocimiento de los asesores de la AFP y quien sería el encargado de pagar la mesada pensional; de igual forma, radicó petición ante Colpensiones el 23 de enero de 2021, en la que solicitó se recibieran los aportes de las administradoras privadas que posean en la cuentas de ahorro individual, solicitud que fue reiterada parcialmente el 21 de mayo de la misma anualidad, en la que se peticionó realizar las gestiones tendientes para el reconocimiento de semanas cotizadas, emitiéndose el bono pensional respectivo; que Protección S.A. dio respuesta mediante oficio de fecha 19 de enero de 2021, en la que le informó que es imposible el traslado, por cuanto la actora se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y la proyección de la mesada ascendería a la suma de \$3.546.063; a su vez, Colpensiones dio respuesta a la petición el 17 de junio de 2021, en la que se le informó al actor que no se evidenciaba la afiliación administrativa, sin embargo, no contestó la solicitud referente al monto de la mesada pensional, por lo que realizado el cálculo actuarial la mesada en el RPM era por el monto de \$5.880.265.



Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Protección S.A. de fecha 28 de junio de 1995, así como el traslado horizontal efectuado a Colfondos S.A., ordenando a Protección S.A. trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales y aportes del fondo de garantía mínima, así como a Colfondos S.A. a trasladar los gastos de administración y comisiones y el porcentaje de garantía mínima debidamente indexados, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, actualizando la historia laboral e informándole que podía acudir a las acciones legales contra las administradoras privadas para obtener los perjuicios eventuales que genere la ineficacia. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor 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.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Solicita la parte, que se tenga en cuenta el principio de la no reformatio in pejus, ya que se ha condenado a la entidad en costas por la interposición del recurso de apelación, más aún, cuando la demandada se aparta de las consideraciones en que se fundamentó el fallo, pues en la misma se refieren a las cargas propias de un afiliado lego del Sistema General de Pensiones, ya que no se puede perder de vista que la Constitución Política permite la libertad de oficio y profesión, y al ser un postulado que cobija a todos los afiliados, no se puede hacer exigencias o discriminar a una persona por no



ser profesional en el área de seguridad social o derecho, así como la condición predominante de la AFP, pero en el caso actual, se debe observar que la normatividad ha establecido que las partes están en igualdad frente a las cotizaciones que son percibidas, pero solo en materia comercial, sin que se pueda expandir tales consecuencias al acervo probatorio, en tanto que la AFP puede tener elementos de pruebas distintos, pues bien dice la falladora de primer grado que se aporta la historia laboral, pero permite allegar pruebas distintas, partiendo de la contestación, que no debe tomarse como un mero documento, pues en ella se hacen aseveraciones y se fija el litigio, en el sentido que ambas entidades manifestaron haber brindado la información pertinente y que no exista prueba documental diferente, no puede implicar la ausencia de la prueba para acreditar la información, pues la norma no exige el decálogo de información, sino que por el contrario, se brinde la debida información.

Así mismo, se hizo referencia a las reglas de la experiencia y cómo la misma puede condicionar la decisión del sujeto, sin embargo, dentro de la misma, en el caso en concreto, en ningún momento el traslado obedeció a una información del asesor comercial, sino que obedeció a su vinculación laboral y sobre ella no se puede extender la jurisprudencia a la falta de asesoría, pues el constreñimiento de la libertad contractual debe acreditarse respecto de la falta de capacidad jurídica para aceptar tanto el acto, como la decisión misma, pues allí no se habla de voluntad, sino de voluntariedad. Frente a la no afectación de la sostenibilidad del sistema en las sentencias con radicados No. 1680 y 1565, en ellas se está considerando que el RPM es un régimen de capital y se nutre del aporte del sujeto, volviéndose en un sistema de reparto en que las cotizaciones durante los 23 años, no son para él, sino para quienes se venían pensionando, que es lo que se puede ver hoy en día con la exposición de motivos de la reforma pensional, generándose una afectación de quien se beneficia únicamente de los aportes pensionales, pues no debe entenderse el RPM como un islote, sino como una península del derecho, pues las actividades



propias que nos entregan un sistema actuarial que certifica el DANE, en el que se menciona que de la fuerza laboral de 20.1 millones de personas, solo 2.3 millones de ellas devengan más de un salario mínimo, encontrándose el demandante dentro de este número de personas, por lo que nos debemos preguntar si se puede dar tal afectación al sistema, concluyendo la misma de forma afirmativa.

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 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 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se

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.

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).



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 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 el 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 la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., así como Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del 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 del accionante, podía materializarse.

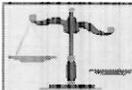
De otra parte, interesa tener en cuenta que aun cuando al momento del traslado el demandante se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE–, también lo es, que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.



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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., así como el traslado horizontal efectuado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías 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 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 el actor, 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 del 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, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, deberá trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía mínima cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, con la actualización correspondiente.

Frente al argumento que expone la demandada referente a que el deber de información se puede acreditar mediante otros medios de prueba, como la contestación de la demanda, en la que se aduce el cumplimiento de tal obligación, así como, se realiza la fijación del litigio, debe advertirse que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que con la simple afirmación que efectúan las administradoras privadas o es suficiente, como quiera que de conformidad con la reiterada jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de



Justicia Sala de Casación Laboral, en el caso particular se invierte la carga de la prueba, en el sentido que es la AFP quien debe demostrar el cumplimiento de tal presupuesto, para convalidar la afiliación.

Situación semejante ocurre respecto del argumento referente a que el traslado se originó producto de la vinculación laboral del demandante y no de la falta al deber de información por parte del asesor de la administradora privada, teniendo en cuenta que de ser tal postulado cierto, también lo es, que sin importar si el traslado fue voluntario o con ocasión de un vínculo contractual, es deber de las administradoras del RAIS brindar la información, completa, veraz y oportuna para que el futuro afiliado tome la decisión que más beneficie sus intereses, como quiera que quien tiene el conocimiento y experticia del régimen pensional es la AFP.

En punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aduce Colpensiones, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los 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).

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 el actor, 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.

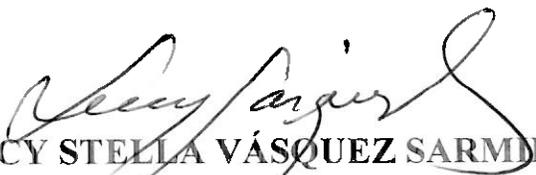


Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2022-00036-01. Proceso Ordinario de Niévalo José Ochoa Gámez contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo de Protección S.A. y Colfondos S.A., 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: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, 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 Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia estarán a cargo únicamente de las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y sin ellas en esta instancia, dado el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMENTO
Magistrada

NO FIRMA POR AUSENCIA
JUSTIFICADA.

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2022-00036-01. Proceso Ordinario de Niévalo José Ochoa Gámez contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado