



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ROBERT AUGUSTO MAYORGA GONZALEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 039 2018 00686 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A y Colfondos S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de diciembre de 2020.

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

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil error, fuerza o dolo, en consecuencia no se encuentra un error sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos privados BBVA hoy Porvenir S.A Y Horizonte S.A hoy Colfondos.

A su vez PORVENIR señaló que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación cuya preimpresión se encuentra autorizada por la ley y es el documento que expresa la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó el 17 de abril de 1996, con Porvenir S.A., así como también el que efectuó a Colfondos S.A., el 21 de diciembre de 2001, y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se trasladó del Seguro Social al Fondo Privado de Pensiones Porvenir S.A., el 17 de abril de 1996, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión, posteriormente señaló que se trasladó a la AFP Horizonte a Colfondos S.A el 21 de diciembre de 2001.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional; los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 33083

del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de abril de 2014 y la del 9 de diciembre de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 85 a 91, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que no se prueba vicios del consentimiento como lo son el error, fuerza o dolo, sin que se pueda aceptar el traslado que pretende la actora. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, ratificación de permanecer en el régimen de ahorro individual, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y inexistencia de causal de nulidad.

COLFONDOS S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 103 a 117, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que los asesores comerciales de la AFP brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 148 a 169, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional, encontrándose el referido acto válido. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de diciembre de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor ROBERT AUGUSTO MAYORGA GONZÁLEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 17 de abril de 1994 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Así también se declara ineficaz la afiliación efectuada al interior del RAIS a COLFONDOS.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración de manera indexada, sin que le sea sable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que tenía el demandante durante el siguiente periodo, desde el 17 de abril de 1996 hasta el 30 de enero de 2002, junto con los rendimientos, comisiones por administración, así como el bono pensional que recibió, sin que le sea dable descontar dinero alguno que haya pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez y sobreviviente.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y tercero y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PORVENIR y COLFONDOS.

SEPTIMO: CONDENAR a PORVENIR al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.790.000, dineros que deberán ser pagadas en partes iguales por las demandadas. No se condena a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que no tuvo intervención en el negocio jurídico que hoy se declara ineficaz.

OCTAVO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, teniendo en cuenta de que se está ordenando a COLPENSIONES a recibir la afiliación y dineros del demandante.

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de

trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque de forma completa la sentencia de primera instancia y no se conceda la ineficacia con fundamento en que al momento de realizar la afiliación el deber de información no abarcaba tantos aspectos como si los abarca actualmente, en consecuencia señalo que la información dada fue clara, completa y veraz para que el afiliado tomara la decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen, aunado a ello resaltó que los traslados horizontales que realizó el demandante denotan el querer pertenecer al Régimen de Ahorro Individual y en caso de confirmar la ineficacia solicitó se revoque la orden de trasladar los gastos de representación y seguros previsionales.

COLFONDOS, por medio de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación parcial a la sentencia de primera instancia en lo pertinente a la condena de gastos de administración al considerar que la referida condena no tiene sustento legal. Sostuvo, que dichos descuentos se utilizan para unos fines específicos como lo es adquirir una póliza de seguro provisional con el fin de mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia.

Y a su vez COLPENSIONES, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoque y en su lugar se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones, comoquiera que el demandante hizo uso de su derecho de trasladarse de régimen pensional esto de conformidad al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se evidencie que la demandante hubiese hecho uso de su deber de consumidor financiero como es de informarse respecto a su derecho pensional, sin embargo en el presente caso la actora después de más de 10 años de encontrarse afiliada al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad presentó acción tendiente a declarar la nulidad de la afiliación, encontrándose prescrita la misma.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folios 13 y 14 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 17 de abril de 1996 y posteriormente formulario de afiliación a HORIZONTE S.A., del 11 de agosto de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 1996, recibió en su lugar de trabajo asesores de Porvenir le informaron que el Seguro Social se iba a liquidar y que la mejor opción era trasladarse a un fondo privado, en donde obtendría una mejor pensión, así como también que podría pensionarse de manera anticipada, posteriormente se trasladó a Horizonte S.A., sin suministrarle información diferente a la ya recibida.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

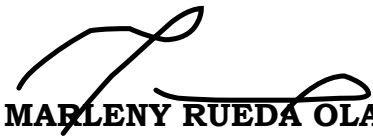
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SANDRA MARIA SANTANA VALDERRAMA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 039 2019 00249 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de marzo de 2021.

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

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil error, fuerza o dolo, en

consecuencia no se encuentra un error sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir S.A por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad. .

A su vez PORVENIR señaló que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la demandante, ya que no se alegó ni se probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, por lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

La parte demandante por medio de su apoderado judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que en el transcurso del proceso no se logró probar por parte de las demandadas que se hubiese suministrado a la actora la información necesaria, pertinente, oportuna para realizar el traslado de régimen.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 20 de abril de 1959, informó que el 1 de octubre de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, señaló que el 1 de noviembre de 2017, radicó el 1 de noviembre de 2017, ante Colpensiones derecho de petición mediante el cual solicitó el regreso a dicho fondo, sin que obtuviera respuesta por parte de la entidad, así como también radicó solicitud de declaratoria de nulidad de la afiliación ante Porvenir S.A., la cual fue negada.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14, 19, 20, 21, 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el Acto Legislativo 01 de 2005, el Decreto 2071 de 2015, el Decreto 692 de 1994, la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009, las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicados 46292 de septiembre de 2014, 31989 de 2008, 46292 del 3 de septiembre de 2014,.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 71 a 88, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que dentro del expediente no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 116 a 136, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la afiliación de la parte demandante con la ARL fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de marzo de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora SANDRA MARÍA SANTANA VALDERRAMA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 01 de octubre de 1995 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración(éstas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, esto es, desde el 01 de octubre de 1995, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. No se condena a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que no tuvo intervención en el negocio jurídico que hoy se declara ineficaz.

SEXTO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PORVENIR S.A.

SÉPTIMO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación con fundamento en que no es factible declarar la ineficacia comoquiera que no se probó que faltara alguno de los elementos esenciales del acto jurídico así como tampoco procede la nulidad absoluta ya que no se acreditó que en ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto, resaltó que tal y como se desprende de la circular 019 de 1998 emitida por la

Superintendencia Financiera la única exigencia establecida para efectos de que se declare válido el traslado de régimen pensional era que el afiliado manifestara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario, por lo que manifestó que la AFP cumplió en la totalidad con las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el régimen de ahorro individual ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo. Por otro lado, señaló su inconformidad sobre la condena de devolución de gastos de administración indexados.

Y a su vez COLPENSIONES, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la entidad de todas y cada una de las condenas, comoquiera que se demostró a lo largo del proceso que la demandante realizó la afiliación a Porvenir de manera libre, espontánea y voluntaria sin que se haya presentado algún vicio en el consentimiento al momento de realizar su afiliación a la AFP Porvenir en 1995, ya que al momento de su afiliación la actora recibió la asesoría suficiente y necesaria para realizar el traslado de régimen pensional, aunado a ello, señaló que la demandante no hizo uso de su derecho de información sino que guardó silencio aceptando de esta manera los efectos legales con sus restricciones y demás consecuencias que conllevara su decisión de trasladarse o cambiar de régimen pensional esto de conformidad al Decreto 2241 de 2010.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible a folio 36 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 28 de septiembre de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en su lugar de trabajo que para ese momento era el Banco de Occidente realizó una reunión colectiva en donde se presentó el fondo de pensiones Porvenir como una muy buena alternativa para trasladarse de pensiones, ya que le informaron que el Seguro Social se iba a liquidar y el futuro eran los fondos de pensiones privados y por dicha información decidió cambiarse de régimen pensional.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 2 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAVIER EDUARDO SUAREZ CASTELLANOS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 034 2019 00379 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de octubre de 2020.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por COLPENSIONES.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que el demandante no cumplía con los requisitos

y condiciones contemplados en el parágrafo 4 del artículo 9 de Ley 797 de 2003, toda vez, que el demandante se encontraba casado desde hacía 26 años y que esta se encargaba del menor mientras el demandante laboraba para sustentar la parte económica, adicionalmente, que dicho hogar se encontraba conformado por la pareja y tres hijos, así como, por la esposa de uno de sus hijos, los cuales convivían en la misma casa, y que uno de los hijos se encontraba en casa el 100% del tiempo sin tener empleo, por lo que no se podía determinar que el cuidado dependiera exclusivamente del demandante, además que no se encontraba acreditado que su esposa contara con una pérdida de capacidad laboral que le impidiera continuar con el cuidado del menor y que si bien no era obligación de los hermanos ni de las cuñadas brindar ayuda a quien cuidaba de lleno al joven eran principios fundantes del hogar, especialmente cuando el demandante era quien sostenía económicamente el hogar.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo invalido, los incrementos dejados de percibir debidamente indexados de acuerdo con el IPC del DANE y el pago de los interés moratorios contemplados en el artículo 141 de Ley 100 de 1993.

Como fundamento normativo, citó el inciso 2° del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas con fundamento en que el demandante no acreditó los requisitos para tener derecho a la pensión especial de vejez; que no se demostró la ausencia permanente o incapacidad física de la Señora Cuervo Gil, ni se encontraba probado el

abandono del hogar y de las responsabilidades que le correspondían como madre.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el demandante JAVIER EDUARDO SUAREZ CASTELLANOS tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido regulada en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, por hijo inválido, debidamente actualizado, a favor del demandante JAVIER EDUARDO SUAREZ CASTELLANOS, exigible a partir de la fecha de su desvinculación laboral, junto con los incrementos anuales y posteriores, según lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y no probadas las demás.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada, inclúyase la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente, valor en que se estiman las agencias en derecho.

SEXTO: CONSULTAR la presente providencia con el superior, en caso de no ser apelada.”

Como fundamento de su decisión, se argumentó que los requisitos para acceder al derecho a la pensión reclamado por el demandante se concretaban en lo siguiente: 1) haber cotizado al sistema de Seguridad Social en pensión el mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media; 2) que el hijo sufra de invalidez física o mental debidamente calificada y 3) que este dependa económicamente de su progenitor, precisando que de acuerdo con lo señalado en Sentencias SL 1798-2016, SL 3772-2019 y SL 2585-2020, La Corte Suprema de Justicia como quiera que para acceder a la pensión especial de vejez no se requería ser el progenitor a cargo de hijo inválido, sin importar si se ostentaba la calidad de padre o madre cabeza de familia como quiera que el inciso 2° del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, no establecía esa exigencia, así mismo, indicó que la idea que surgía de la pensión especial

de vejez es que el progenitor abandonara su vida laboral para dedicarse al cuidado pleno de su hijo, de lo que se infería que la dependencia del hijo respecto al padre o madre debía ser preponderantemente económica y que dicho beneficio especial se otorgaba con la finalidad que la madre o el padre de un hijo con un grado alto de vulnerabilidad pudiera compensar mediante el cuidado personal, sus insuficiencias y colaborara con el proceso de rehabilitación.

De igual forma, se mencionó que la disposición establecía como condición de permanencia dentro de este régimen especial de pensión de vejez, que en el hijo permaneciera esa doble condición de afectado por la invalidez y dependiente del padre y que el progenitor no se reincorporara a la fuerza laboral.

Así mismo, se indicó que para acceder a la prestación solicitada no se debía demostrar la calidad de padre o madre cabeza de familia, pues dicha exigencia no se encontraba inmersa dentro de la norma analizada, de manera que exigirla se convertiría en una imposición adicional no contemplada en la norma.

También se puntualizó que el hecho que la ausencia de calificación de pérdida de capacidad laboral de la Señora Stella CUERVO GIL, esposa del demandante no desvirtuaba la pretensión del mismo, en tanto que la condición de atender los cuidados personales tampoco era excluyente de la dependencia económica y que el hecho que el grupo familiar conformado por el demandante y su esposa, Estela Cuervo Gil, además estuviera conformado por terceras personas, como la señora Diana Paola Rojas y su nieta, no hacían extensiva las obligaciones de cuidado y de atención de la persona incapacitada, pues dicha responsabilidad recaía exclusivamente en cabeza de sus progenitores y que las personas que conforman el grupo familiar pueden colaborar, pero bajo el argumento de la voluntad y no como una obligación legal.

Así las cosas, se concluyó respecto al primero de los requisitos, que el demandante para el 24 de febrero de 2020, tenía registradas y acreditadas

un total de 1897,72 semanas cotizadas (fl. 121); que el hijo del demandante Luis Eduardo Suarez Cuervo tenía una Perdida de Capacidad Laboral equivalente al 70,96% estructurada desde su nacimiento y que en lo referente a la dependencia económica se asumía que los padres conjuntamente tenían a su cargo la responsabilidad alimentaria de sus hijos discapacitados, lo cual fue corroborado por el despacho a lo largo del debate probatorio y de las pruebas testimoniales que fueron practicadas dentro de este asunto, refiriéndose por los testigos Sergio Camilo Ochoa y Miguel Ángel Mesa que Luis Eduardo dependía en un 100% de sus padres, que el demandante era el único que trabajaba y que su esposa la Señora Estela Cuervo Gil, se dedicaba al hogar y por las señoras Estela Cuervo Gil y Diana Paola Rojas¹ que el demandante era quien tenía la responsabilidad exclusiva del sostenimiento del hogar, pues el demandante, era la única persona que laboraba y con sus ingresos asistía las necesidades personales tanto de su esposa como de sus dos hijos, Luis Eduardo, por su condición de discapacidad y de su hijo menor, David (22 años), por cuanto estaba adelantando sus estudios y su formación académica. De estos dos últimos testimonios también se concluyó que la señora Estela no había laborado ni desarrollaba ninguna actividad que le reportara ingresos, pues toda su vida había estado dedicada a las labores del hogar atendiendo a sus hijos y las necesidades de su familia y que presentaba quebrantos de salud derivados de los quehaceres domésticos.

En consecuencia, se determinó que el demandante tenía derecho a la pensión reclamada, no obstante, se precisó que en el plenario no estaba debidamente acreditada la fecha de desvinculación laboral del demandante, ni tampoco aparecía en la historia laboral del actor la novedad de retiro, por lo que se ordenaría reconocer la prestación a partir del momento en que se verificara la desvinculación laboral del demandante.

Se niegan los intereses moratorios, en la medida en que para el disfrute de la pensión se requería la desafiliación del demandante al sistema de

¹ Compañera del Hijo mayor del demandante.

Seguridad Social en pensiones o que se hubiese verificado su desvinculación laboral y en consecuencia declara probada la excepción de no configuración del derecho a pago de intereses moratorios e indemnización moratoria.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y solicitó la modificación de la sentencia única y exclusivamente en lo atinente a la fecha de causación de la pensión desde el momento de la primera reclamación de su prestación económica, esto es, en el mes de agosto del año dos mil dieciocho y que los intereses moratorios se reconocieran cuatro meses después de la primera reclamación.

A su vez el apoderado de Colpensiones solicitó revocar la decisión teniendo en cuenta que el actor había solicitado la pretensión de la pensión anticipada de vejez por hijo inválido y le fue negada por cuanto de la documentación allegada se había acreditado que el demandante era casado y que la Señora Estela contribuía con el cuidado de Luis Eduardo, no configurándose la condición de padre cabeza de familia, de manera que su hijo no dependía en un 100% de este y el hecho que la señora Stella no aportara económicamente no determinaba que todas las obligaciones del hijo estuvieran en el demandante además de que si el señor Javier Eduardo continúa trabajando no se le está menoscabando ningún derecho y que en el hogar existen hermanos como el que estaba estudiando que les podían ayudar con los cuidados del menor y por tanto no se acreditaban los requisitos para el reconocimiento de la pensión.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo invalido de que trata el parágrafo 4 del artículo 9 de Ley 797 de 2003, así

como si resultan atendibles el pago de los intereses moratorios solicitados.

En primer lugar, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la pensión especial de vejez solicitada a efectos de establecer los requisitos que deben acreditarse para el reconocimiento de la misma, así, se tiene que el parágrafo 4 del artículo 9 de Ley 797 de 2003, establece:

“El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

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

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

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

Jurisprudencia Vigencia

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

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

(...)

PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993.

“<<Apartes subrayados, en letra itálica, y subrayados y en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles.>> La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”

Al respecto, resulta pertinente precisar que la expresión madre se hizo extensiva al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependieran económicamente de él (sentencia C-989 del 29 de noviembre

de 2006), así como que el aparte relacionado con la consideración del beneficio respecto de los afiliados al régimen de prima media también comprendía a los padres y las madres afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (sentencia C-758 del 15 de octubre de 2014).

Precisado lo anterior, debe indicarse que no existe controversia respecto de lo siguiente: i) que el demandante cuenta con 60 años de edad, en tanto que nació el 11 de septiembre de 1960 según se observa en la cedula de ciudadanía (fl. 5 del expediente digital) y en el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES (fl. 8 y ss del expediente digital); ii) el demandante acredita 12810 días días laborados correspondientes a 1830 semanas, según se aprecia de la Resolución No. 2018_15349083 SUB 2441 del 9 de enero de 2018, expedida por Colpensiones (fl.59 y ss del expediente digital); y ii) que el hijo del demandante LUIS EDUARDO SUAREZ CUERVO presenta un 70.96% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración del 28 de septiembre de 1997, conforme da cuenta la certificación expedida en este sentido por COLPENSIONES (fl. 39 expediente digital).

Ahora bien, teniendo en cuenta que la apoderada de la demandada COLPENSIONES, en su recurso señaló que el demandante no ostentaba la condición de padre cabeza de familia, de manera que su hijo no dependía en un 100% de este, sobre el particular debe tenerse en cuenta lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL319-2019, radicación No. 63136 del trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), en donde se indicó:

“(…)

*Para dilucidar lo anterior, pertinente es recordar que para acceder a la pensión especial de vejez prevista por el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual exige a la madre o al padre del cumplimiento de la edad para efectos del disfrute de la prestación, se requiere cumplir los siguientes requisitos; **(i) que la madre o el padre haya cotizado al sistema general de pensiones, cuando menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; (ii) que el hijo sufra una discapacidad física o mental, debidamente calificada, con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, y (iii) que la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o***

de padre trabajador según fuere el caso. (Subrayas y negrita fuera de texto)

En ese orden, oportuno es precisar que **el acreditar la condición de “padre cabeza de familia” no se tiene como una exigencia prevista por el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para adquirir el derecho a la pensión especial de vejez materia de controversia, pues la dependencia a que alude la citada disposición, no puede ser equiparada al mencionado concepto de “padre cabeza de familia”, en los términos que lo determino el Tribunal.** (Subrayas y negrita fuera de texto)

Así se dejó consagrado en la sentencia CSJ SL, 30 nov 2016, rad 47492, reiterada en la sentencia CSJ SL5171-2018 al estudiar un caso de contornos similares (...)”

(...)

Visto lo anterior, es claro que el fallador de alzada incurrió en el dislate jurídico acusado por la censura, puesto que, equivocadamente, al examinar el requisito de la dependencia económica para otorgar la pensión especial de vejez a cualquier edad, le exigió al señor Tobón Yepes demostrar la condición de “padre cabeza de familia”, pasando por alto, como se explicó, que esta normativa en ninguna de sus partes se refirió, en sentido estricto a esa calidad, así mismo, erró al sostener que el requisito de la dependencia económica se debía probar en la forma exigida por el sentenciador de alzada, esto es, que debe ser total y absoluta respecto del padre o de la madre; lo cual se evidencia al memorar la sala la sentencia que se acababa de transcribir que adocrinó lo contrario.

Así se afirma en tanto la ayuda económica que el actor recibe de familiares, toda dirigida al cuidado y sostenimiento de su hija que padece “parálisis cerebral” hecho que no discute el actor en el cargo dirigido por la vía indirecta, en momento alguno puede llevar a enervar el derecho pensional por el reclamado; pues ello lo único que muestra es que la atención de un discapacitado comporta un flujo importante de recursos y que la única manera de su consecuciones mediante la activación de la solidaridad familiar, como precisamente ocurre en el caso de autos, hecho este que en momento alguno le quita la calidad de dependiente económica de la hija discapacitada, pues simplemente se convierte en una ayuda de la familia para lograr una mejor calidad de vida de la descendiente, que en verdad es el sujeto que protege la norma objeto de análisis.

Dicho de otra manera, **para que se configure el derecho a obtener la pensión especial materia de estudio, no se requiere que el padre trabajador sea el único proveedor de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes en estado de invalidez, esto, en razón a que, se itera, el cuidado integral de un hijo en tales condiciones, en este caso, con pérdida de capacidad laboral notable del 84.30%, per se, demanda un alto costo, el cual, como se evidencia en el caso bajo estudio, solo es logrado con la ayuda económica de los familiares y parientes lo cual se insiste, en momento alguno desdibuja la dependencia económica respecto de su padre.** (Subrayas y negrita fuera de texto)

(...)”

En ese orden de ideas y de conformidad con el precedente citado, se tiene que la condición de padre y/o madre cabeza de familia no es una exigencia prevista para el reconocimiento de la pensión especial de vejez deprecada, de modo que el hecho que las obligaciones de asistencia y cuidado pudieran estar en cabeza del otro padre no interfieren en la viabilidad del reconocimiento de esta prestación.

Así mismo y como quiera que en el caso bajo estudio los requisitos de cotización mínima para acceder a la pensión de vejez por parte del demandante y de discapacidad física o mental del hijo igual superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, se encuentran acreditadas, ya que como se indicó en líneas anteriores, el Señor JAVIER EDUARDO SUAREZ, registra 1830 semanas cotizadas, las cuales son superiores a las 1300 semanas exigidas para pensionarse por vejez según lo establecido en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y el hijo discapacitado LUIS JAVIER SUAREZ CUERVO presenta un 70.96% de pérdida de capacidad laboral, procede la Sala a apreciar los medios de prueba allegados, a efectos de establecer si el hijo discapacitado dependía económicamente del padre trabajador que en el sub judice se manifiesta es el demandante.

Con la demanda como documentales relevantes se allegaron los siguientes documentos:

- Registro civil de matrimonio contraído entre el Señor JAVIER EDUARDO SUAREZ CASTELLANOS y STELLA CUERVO GIL, el 19 de marzo de 1994 (fl. 24 y ss del expediente digital)
- Historia clínica y resultados de exámenes médicos practicados a la señora STELLA CUERVO GIL, entre el 2010 y el 2019, en donde en cuya última historia clínica aportada al plenario de fecha 7 de febrero de 2019, expedida por COMPENSAR se registró lo siguiente (fl. 124 y ss del expediente digital):

Relación de Diagnósticos			
*	Fecha	: 07.02.2019	Hora : 12:41
	Código Diagnóstico	: M199	
	Nombre Diagnóstico	: ARTRÓSIS, NO ESPECIFICADA	
	Clasificación	: Diag. Relacionado N°1	
	Tipo Diagnóstico	: Confirmado Repetido	
*	Fecha	: 07.02.2019	Hora : 12:41
	Código Diagnóstico	: M545	
	Nombre Diagnóstico	: LUMBAGO NO ESPECIFICADO	
	Clasificación	: Diag. Relacionado N°2	
	Tipo Diagnóstico	: Confirmado Repetido	
*	Fecha	: 07.02.2019	Hora : 12:41
	Código Diagnóstico	: M518	
	Nombre Diagnóstico	: OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES	
	Clasificación	: Diag. Relacionado N°3	
	Tipo Diagnóstico	: Confirmado Repetido	

Analisis y plan	: Paciente de 56 años, conocida por el servicio, ocupación hogar cuidadora de hijo de 20 años discapacitado junto con su esposo con dx de ruptura parcial de supraespinoso de hombro izdo bursitis de hombro izdo, oa generalizada, fibromialgia, lumbalgia, discopatía lumbar múltiple, talaigia, pie plano, sobrepeso, con sospecha de stc bilateral incapacidades: dolor somático generalizado, parestesias en manos plan se dan recomendaciones medicas sobre cuidado de hombro y columna mejorar ciclo de sueño acetaminofen colageno hidrolizado nutrición evitar uso de aines rx de pies terapia fisica pies y hombro izdo ejercicio regular taller de postura electrodiagnostico de miembros superiores brace de muñecas no. 2 recomendaciones medicas: 1. Realización de pausas activas y descansos cada 2 horas por 5 minutos 2. Higiene postural, alternar posturas cada 2 horas 3. No manipulación de cargas de mas de 3 kgr bimanual, 1,5 kgr unimanual. No alzar, halar, empujar o arrastrar objetos. 4. Evitar traslados repetitivos por escaleras, no saltar, no correr, evitar adoptar posturas prolongadas con apoyo en rodillas o en cuclillas. 5. Evitar actividades en bipedestación por más de 30 minutos continuas. 6. No realizar actividades repetitivas de flexoextensión, inclinación, y rotación lumbar 7. evitar actividades repetitivas por fuera de los angulos de confort del hombro 8. seguimiento medico por compensar
Clasificac.de la Atención	: Consulta Externa

Dentro del acervo probatorio recaudado en el proceso, el señor JAVIER EDUARDO SUAREZ absolvió interrogatorio de parte, en cuya declaración refirió que él llevaba trabajando para una empresa ensambladora de carros desde hacía 34 años, mencionó que estaba casado con la Señora Stella Cuervo Gil desde hacia 26 años, que tenía 2 hijos más distintos a Luis Eduardo, el mayor de 27 años y el menor de 22 años, que ambos vivían con él, el mayor trabajaba pero para su hogar ya que tenía una bebe de 1 año y el menor no trabajaba, respecto a la condición médica de la Señora Stella Cuervo Gil, indicó que la misma tenía hernia discal, que le habían hecho cirugía de manguito rotador y le prohibieron subir y bajar escaleras por las rodillas, que le estaba molestando el otro hombro y estaba en terapias, también señaló que la señora Stella Cuervo nunca había trabajado y que había estado en casa desde que se casaron.

También se recibieron los testimonios de SERGIO CAMILO CASTILLO OCHOA, quien refirió ser el esposo de una sobrina de la Señora Stella Cuervo Gil y MIGUEL ANGEL MESA JARAMILLO, quien manifestó haber sido compañero de trabajo del demandante en Colmotores y además mencionó que la Señora Stella era su cuñada, los cuales no fueron tachados de sospechosos y dieron cuenta de quienes residían en el hogar del demandante, al preguntárseles por la ocupación de los otros hijos indicaron que el hijo mayor Cristian trabajaba en un CDA pero sus ingresos iban para su núcleo familiar directo esposa e hija (ya que su esposa no trabajaba) y el otro hijo David estudiaba y no trabajaba, así mismo, informaron de la discapacidad que presentaba el hijo Luis Eduardo, manifestando que requería que lo alimentarán, vistieran, cambiarán y bañaran sus padres, así como, de la dependencia económica de éste respecto de su padre en tanto que el demandante era el único que trabaja ya que su esposa la Señora Stella se dedicaba al hogar, la cual

además presentaba algunos quebrantos de salud tales como manguito rotador del cual había sido operada, hernia discal, rodillas y fibromialgia.

Así mismo, se recepcionaron los testimonios de la Señora STELLA CUERVO GIL, quien manifestó ser la esposa del demandante y de la Señora DIANA PAOLA ROJAS TORRES, quien indicó ser la esposa de Cristian Suarez hijo mayor del demandante, dichas testigos no fueron tachadas de sospechosas y fueron claras en indicar como estaba compuesto el hogar y a que se dedicaban los hijos, precisando que el mayor trabajaba en un CDA y respondía por su hogar, el del medio era el hijo discapacitado y el menor estudiaba marketing mediante cursos en línea, que quien atendía al hijo Luis Eduardo eran la Señora Stella y Javier, que durante el día quien atendía a Luis Eduardo era la señora Stella, que la señora Stella se dedicaba al hogar y no había desempeñado otro oficio así como tampoco tenía ningún subsidio o pensión ni negocio que le generara ingresos, que el señor Javier Eduardo Suarez era quien asumía los costos de la manutención del hogar ya que los ingresos del hijo mayor eran para su hogar y que el estado de salud que presenta la señora Stella correspondía a artrosis, hernia discal, manguito rotador del hombro derecho, terapias del hombro izquierdo y fibromialgia.

Revisado el anterior material probatorio, se tiene que con respecto a la dependencia económica del hijo discapacitado LUIS JAVIER SUAREZ CUERVO, la misma se encuentra acreditada, pues tanto los testigos como lo registrado en la historia clínica allegada dan cuenta que la madre de éste y esposa del demandante se dedica al hogar y no devengaba otros ingresos o rentas, siendo importante resaltar que si bien se aprecia que en el hogar además viven los otros hijos de la pareja, el mayor Cristian Suarez quien además reside con su esposa e hija, y el hijo menor David Suarez, estos no aportan económicamente para el sostenimiento del hijo discapacitado en razón a que los ingresos del primero van dirigidos a su núcleo familiar directo y el segundo se dedica al estudio siendo dependiente del demandante, en todo caso, debe tenerse presente que de acuerdo con la sentencia traída a colación en líneas anteriores no se requiere que el padre trabajador sea el único proveedor de ingresos

monetarios para el sostenimiento de sus descendientes en estado de invalidez, como quiera que el cuidado integral de un hijo en tales condiciones demanda un alto costo.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que al no ser un requisito para el reconocimiento de esta pensión la condición de padre y/o madre cabeza de familia, tampoco es posible exigir que las labores de asistencia y cuidado estén solo en cabeza de un padre, por lo que el hecho que en este caso la asistencia durante el día y mientras que el demandante estuviera trabajando se encontrará en cabeza de la cónyuge del demandante no desvirtúa la procedencia del reconocimiento de la pensión, máxime que la Señora STELLA CUERVO GIL presenta algunas situaciones especiales de salud, lo cual fue referido por los testigos y se soporta con los diagnósticos confirmados que se reflejan en la historia clínica allegada de fecha 7 de febrero de 2019, consistentes en ARTROSIS (M199), LUMBAGO NO ESPECIFICADO (M545) y OTROS TRANSTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES (M518), que le dificultan sus labores de cuidado del hijo discapacitado.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo dispuesto en el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la jurisprudencia sobre la materia y lo que reflejan los medios probatorios que se evacuaron a lo largo del proceso, se observa que no existe en el plenario el desacuerdo aducido por el recurrente por lo que se procederá a confirmar la sentencia del A quo.

De otra parte, respecto del cuestionamiento efectuado por el apoderado del demandante consistente en que se debía modificar la fecha de causación de la pensión a partir del momento en que se realizó la primera reclamación de su prestación económica a COLPENSIONES y que los intereses moratorios se reconocieran 4 meses después de presentada la misma, se observa que en la sentencia el fallador de primera instancia, respecto al reconocimiento de la pensión preciso que no era posible establecer el valor de la mesada en la medida en que no se encontraba

acreditada la fecha de desvinculación laboral del demandante ni la novedad de retiro, ordenándose por tanto a COLPENSIONES, reconocer la prestación a partir del momento en que se verificara la desvinculación laboral del demandante, frente a ello no encuentra este fallador deficiencia alguna en la medida en que la normativa que contempla la pensión establece que esta es incompatible con la actividad del trabajo en tanto señala <<*Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral*>>, de lo que si bien se desprende que el reconocimiento de la pensión no era viable realizarlo sino se había efectuado la desvinculación del demandante, una interpretación estricta exigiría una carga muy alta para el padre que responde económicamente por su hijo discapacitado al tener que renunciar al ingreso para hacerse beneficiario de esta prestación, razón por la cual no se evidencia desatino jurídico respecto del momento a partir del cual debía realizarse el reconocimiento.

Frente al pago de los intereses moratorios, no puede pasarse por alto que de acuerdo con lo señalado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, procede el reconocimiento de intereses moratorios como consecuencia de la mora en el pago de las mesadas pensionales, es decir, que opera cuando existe un retardo injustificado en el reconocimiento de las mesadas pensionales, situación que no es posible predicar en el asunto, toda vez que para poder efectuar el reconocimiento se requería la desvinculación laboral del demandante, aspecto este que no se acreditó.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR ACTIVOS SAS contra CRUZ BLANCA EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00846 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ACTIVOS SAS y CRUZ BLANCA EPS S.A., contra el fallo proferido el 4 de junio de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020 (fl. 141) y remitido el expediente a esta Corporación el 8 de julio de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La empresa demandante ACTIVOS SAS pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento y pago de 16 incapacidades expedidas a varios de sus trabajadores, a saber, Germán Bonilla Correa, José Isidro Salamanca Ortega, Diana Alexandra Guarín Ladino, María Argelia Parada

López, Alba Cecilia Segura Martínez, Diana Carolina Rodríguez González, Javier Antonio Serrano Chaves, Carlos Andrés Agudelo Bedoya, Carlos Alberto Puentes Hernández, Yesenia Judith González Álvarez, Jhoan Alexander Arango Sarmiento, Leidy Johanna Cuesta Valbuena, Nancy Janeth Villamil Rojas y Mayerlin Ocampo Echeverri, a los cuales se les expedieron las incapacidades No. 2144625 (\$491.225); 16227 (\$20.532); 4641527 (\$381.996); 2164503 (\$235.788); 2149245 (\$99.216); 2177263 (\$199.676); 2213944 (\$149.709); 2269305 (\$41.064); 3701393 (\$358.891); 2180609 (143.724); 2124933 (\$294.735); 6684231 (\$331.380); 1416443 (\$658.224); 2276561 (\$261.864); 3042577 (\$20.532) y 689526 (\$14.199), así como, al pago de intereses moratorios y de las costas y agencias en derecho, y, de manera subsidiaria de no conceder los intereses moratorios pagar el valor de las incapacidades debidamente indexadas.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que durante la relación laboral varios trabajadores presentaron incapacidades médicas por enfermedad general las cuales fueron debidamente expedidas por profesionales de salud adscritos a la EPS o fueron debidamente transcritas y que no obstante, haberse realizado el pago, la EPS se ha negado a pagar las incapacidades en su totalidad o ha realizado pagos parciales, asimismo, indicó que la compañía pagó de manera completa y oportuna las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y riesgos laborales y que en ningún momento se ha encontrado en mora respecto al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social.

III. RESPUESTA DE CRUZ BLANCA EPS S.A

La demandada sostuvo que los señores Alba Cecilia segura Martínez, Carlos Alberto Fuentes Hernández, Yesenia Judith González Álvarez y Mayerlin Ocampo Echeverry no se encuentran afiliados a Cruz Blanca EPS, respecto de las demás incapacidades expedidas al resto de

trabajadores precisó que habían efectuado el pago de las mismas que se hubiesen radicado bajo los parámetros de la norma y que las demás habían sido objeto de rechazo. No existe un pronunciamiento expreso a las pretensiones. Propuso las excepciones de pago de la obligación, hecho superado, excepción de prescripción frente a la obligación, inexistencia de la obligación y excepción genérica.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, precisó en los antecedentes que la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades:

TRABAJADOR	CÉDULA	FECHA DE INICIO	FECHA FIN*	DÍAS
GERMAN BONILLA CORREA	11200058	10/12/2013	8/01/2014	28
JOSE ISIDRO SALAMANCA ORTEGA	11426623	14/01/2014	16/01/2014	3
DIANA ALEXANDRA GUARIN LADINO	40048079	19/05/2014	29/05/2014	11
MARIA ANGELICA PARADA LOPEZ	41752187	8/08/2013	22/08/2013	15
ALBA CECILIA SEGURA MARTINEZ	52527907	10/12/2013	14/12/2013	5
ALBA CECILIA SEGURA MARTINEZ	52527907	19/01/2014	24/01/2014	6
ALBA CECILIA SEGURA MARTINEZ	52527907	21/02/2014	25/02/2014	5
DIANA CAROLINA RODRIGUEZ GONZALEZ	53048643	8/05/2014	9/05/2014	2
JAVIER ANTONIO SERRANO CHAVEZ	80182804	11/11/2012	30/11/2012	20
CARLOS ANDRES AGUDELO BEDOYA	98702369	28/01/2014	3/02/2014	7
CARLOS ALBERTO PUENTES HERNANDEZ	1012352958	17/11/2013	1/12/2013	15
YESENIA JUDITH GONZALEZ ALVAREZ	1020733914	10/07/2014	24/07/2014	15
HOAN ALEXANDER ARANGO SARMIENTO	1032416717	21/12/2014	19/01/2015	30
LEIDY JOHANNA CUESTA VALBUENA	1032425615	31/03/2014	9/04/2014	10
NANCY JANETH VILLAMIL ROJAS	1074187768	1/10/2014	1/10/2014	1
MAYERLIN OCAMPO ECHEVERRY	1151953220	15/12/2014	17/12/2014	3

Accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, señalado en primera medida que se encontraba acreditado que los trabajadores relacionados en la demanda se encontraban vinculados a ACTIVOS S.A. y afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a CRUZ BLANCA EPS.

Respecto a las excepciones propuestas por la pasiva indicó que respecto al pago que manifestó haber realizado la demandada no se encontró que alguna de las incapacidades manifestadas se hubiese pagado tal y como se desprendía del requerimiento contestado por la apoderada de la parte actora de fecha 28 de octubre de 2020, por lo que no podría hablarse de un hecho superado, frente a la prescripción realizó análisis con sustento en lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 y en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social e indicó que al revisar el material probatorio allegado por la actora no se encontró solicitud a la demandada mediante la cual se solicitará el reembolso de lo pagado por cuenta de las prestaciones económicas a favor de los trabajadores y en medida prosperaba parcialmente la excepción propuesta respecto de las incapacidades expedidas a José Isidro Salamanca (período 14/01/2014 - 16/01/2014); Alba Cecilia Segura Martínez (periodo 10/12/2013 - 14/12/2013); Diana Carolina Rodríguez (período 8/05/2014 - 9/05/2014); Javier Antonio Serrano Sánchez (11/11/2012 - 30/11/2012); Nancy Janeth Villamil Rojas (período 01/10/2014 - 01/10/2014), teniendo en cuenta que la fecha de presentación de la demanda ocurrió el 17 de noviembre de 2017. Ante la incapacidad que se refirió no se encontraba registrada en el sistema indicó que dentro de las pruebas aportadas se observó el certificado de incapacidad deprecado.

Acto seguido, se indicaron los requisitos generales para el reembolso de las incapacidades expedidas a los trabajadores, correspondientes al pago de la incapacidad por parte del empleador a los trabajadores (artículos 21 del Decreto 804 de 1999 y 121 el Decreto 019 de 2012) y que se tratara de afiliados al régimen contributivo, frente a los requisitos específicos indicó que antes del Decreto 2353 de 2015 se requería haber cotizado mínimo 4 semanas de forma ininterrumpida y completa y que realizarán en forma oportuna los aportes.

Precisado lo anterior, señaló que el incumplimiento de los requisitos antes mencionados acarreaba la negativa en el reconocimiento, de acuerdo con ello, mencionó que no reposaba soporte del pago de

incapacidad por parte del empleador respecto de las siguientes incapacidades: Germán Bonilla Correa (periodo 10/2/2013 - 06/01/2014); María Argelia Parada López (periodo 08/08/2013 - 22/08/2013); Jhoan Alexander rango Sarmiento (periodo 21/12/2014 - 901/2015); Leidy Johana Cuesta Valbuena (periodo 31/03/2014 - 09/04/2014) y por tanto no podía accederse al reconocimiento y pago de las mismas.

Finalmente, concluyó que las incapacidades que resultaban procedentes eran las expedidas a Diana Alexandra Guarín Ladino (periodo 19/05/2014 - 29/05/2014); Alba Cecilia Segura Martínez (periodo 19/01/2014 - 24/01/2014); Alba Cecilia Segura Martínez (periodo 21/02/2014 - 25/02/2014); Carlos Andrés Agudelo Bedoya (periodo 28/01/2014 - 03/02/2014); Carlos Alberto Puentes Hernández (17/11/2013 - 01/12/2013); Yesenia Judith González Álvarez (10/07/2014 - 24/07/2014) y Mayerli Ocampo Echeverri (periodo 15/12/2014 - 17/12/2014), las cuales procedió a liquidar de conformidad con lo señalado en el artículo 227 del C.S.T. y atendiendo a lo dispuesto en la sentencia C- 543 del 18 de julio de 2007 bajo el entendido que el auxilio por enfermedad no profesional no podría ser inferior al Salario Mínimo legal vigente. No accedió al pago de intereses moratorios en tanto que para ello debía mediar requerimiento o solicitud por parte del titular del derecho y dado que este no obraba en el expediente ni tampoco la respuesta negativa de la demandada ante ello, no resultaban procedentes, sin embargo, se indicó que la condenada efectuada se ordenaría realizar con las actualizaciones monetarias.

V. RECURSOS DE IMPUGNACIÓN

ACTIVOS S.A., impugnó la decisión, mediante escrito en el que mencionó que la Superintendencia al realizar el reconocimiento de las incapacidades No. 2180609 (Carlos Andrés Agudelo), 2124933 (Carlos Alberto Puentes) y 6684231 (Yesenia Judith González) , incurrió en los siguientes errores liquidó las incapacidades expedidas por un valor inferior al reclamado, sin tener en cuenta lo expuesto en sentencia C-543

de 2007 y que debía ser en forma proporcional a los días de incapacidad, con diferencias por \$41.057, \$58.935 y \$42.447. Igualmente, indicó que respecto a las incapacidades frente a las cuales se negó el reconocimiento por no obrar desprendibles de nómina que evidenciaran el pago de la incapacidad, enfatizó que reposaba en el CD que se aportó con la demanda y en ningún momento tal situación fue advertida por la Superintendencia de Salud en el auto admisorio de la demanda. Frente a las incapacidades a las que se aplicó prescripción refirió que las incapacidades fueron reclamadas con el número de consecutivo indicado en la tabla que había traído a colación en la demanda, de manera que efectivamente se solicitó el reconocimiento del pago a la EPS, y que no tenía por qué soportar el retraso en el reembolso del pago de incapacidades ni probar la negativa de las solicitudes de cobro cuando se habían realizado los aportes al SGSS, además, que demostrada la existencia de un trato irrazonable e incompatible el juez estaba facultado para trasladar la carga de la prueba a la persona que estaba en mejores condiciones para demostrar los eventos alegados. Finalmente, respecto al pago de los intereses moratorios señaló que con la demanda se allegaron todas las reclamaciones que se presentaron, las cuales podrían advertirse en el cuerpo petitorio de la demanda y en el archivo Excel se relacionaron los consecutivos, resaltando que teniendo en cuenta que las solicitudes se hicieron por medio electrónico que administraba la EPS demandada no fue posible obtener la totalidad del cruce de información con las bases del portal dispuesto en la EPS y que la EPS en conocimiento del deber que tenía procedió a pagar las incapacidades antes de dictarse sentencia por la Superintendencia, debiéndose tener en cuenta que la EPS en su contestación no hizo comentario alguno respecto a la reclamación presentada por su representada con lo que aceptó su existencia, también señaló que los plazos para el pago de incapacidades y licencias era perentorio y en consecuencia era procedente el pago de los intereses de mora hasta la fecha efectiva en que se efectuó el pago de incapacidades.

Por su parte, CRUZ BLANCA EPS, impugnó la decisión, mediante escrito en el que expuso que una vez realizada la auditoría por el área de operaciones de la EPS la misma arrojó como resultado “(...)que el pago de

las prestaciones económicas de los usuarios que sirvieron de base en las pretensiones de la demanda como se demuestra a continuación se adjuntan soportes a la presente)”, refiriendo que las incapacidades del señor CARLOS ALBERTO PUENTES HERNANDEZ, se encontraban canceladas en su totalidad de acuerdo con el adjunto que se allegaba y frente a las demás incapacidades que resultaron procedentes solicitó aplicar la prescripción, esto es, de las incapacidades expedidas a Diana Alexandra Guarín Ladino, Alba Cecilia Segura Martínez, Carlos Andrés Agudelo Bedoya, Yesenia Judith González Álvarez y Mayerli Ocampo Echeverri debía aplicarse la prescripción consagrada en el artículo 151 del CPT, ya que había transcurrido el término de 3 años sin que ACTIVOS S.A. hubiese solicitado el pago a CRUZ BLANCA EPS, destacando que la demanda fue presentada el 6 de diciembre de 2017.

Adicionalmente, en el acápite denominado “DEL PROCESO DE LIQUIDACIÓN DE LA ENTIDAD CRUZ BLANCA”, refirió que era de obligatorio cumplimiento para los jueces y funcionarios ejecutores, suspender los procesos ejecutivos y de ejecución coactiva que se adelantaran en sus despachos para remitirlos al liquidador y en consecuencia la imposibilidad de continuar con el proceso a efectos que dichas obligaciones fueran incluidas en el auto de graduación y calificación de acreencias, so pena de predicar su extemporaneidad.

Establecida de esta manera las inconformidades de los apelantes, se procede a resolver los recursos previas las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si CRUZ BLANCA EPS S.A., debe reconocer y pagar a favor de ACTIVOS S.A. las incapacidades reclamadas por éste.

Al respecto, en materia de reembolso del pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad, lo primero

que debe tenerse en cuenta es que de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, el trámite para el reconocimiento de los mismos al trabajador debe ser adelantado por el empleador, pues se señala:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el empleador, deberá pagar la incapacidad y/o licencia al trabajador en los eventos que lo contempla la ley¹ y luego proceder con el recobro ante el Sistema General de Seguridad Social, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo **2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016** (modificado artículo 3 del Decreto 1333 de 2018), en el que se señala:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. <Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas. (Subrayas y negrita fuera de texto).

PARÁGRAFO 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4o del Decreto-ley 1281 de 2002.

¹ Por regla general sería respecto de las incapacidades expedidas hasta el día 180 de incapacidad, debiéndose tener en cuenta que son a cargo del empleador los 2 primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las EPS a partir del 3 día de incapacidad. (Ver Art. 3.2.1.10. del Decreto 780 de 2016 y Art. 142 Decreto 019 de 2012).

PARÁGRAFO 2. *De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.”*

Así se tiene que, de conformidad con la normatividad citada a efectos de determinar la procedencia del reembolso que se solicita por el empleador, lo primero que debe realizarse es la verificación del pago efectuado por el empleador al trabajador y que se encuentre al día en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, de tal suerte que acreditado lo anterior, resultaría viable el reconocimiento de la incapacidad y/o licencia.

En el caso particular y frente al tema, la apoderada de la parte actora refirió que se negó el reconocimiento de algunas incapacidades por no obrar desprendibles de nómina que evidenciaran el pago de la incapacidad, ante lo que señaló que ello reposaba en el CD que se aportó con la demanda y en ningún momento tal situación fue advertida por la Superintendencia de Salud en el auto admisorio de la demanda.

Procede entonces la sala a revisar, los documentos obrantes en el CD que reposa entre el folio 22 y 23 del expediente y , a efectos de establecer si obra dentro de este soporte el pago de las incapacidades a los siguientes trabajadores y por los siguientes periodos: GERMÁN BONILLA CORREA (periodo 10/12/2013 - 06/01/2014); MARÍA ARGELIA PARADA LÓPEZ (periodo 08/08/2013 - 22/08/2013); JHOAN ALEXANDER ARANGO SARMIENTO (periodo 21/12/2014 - 19/01/2015); LEIDY JOHANA CUESTA VALBUENA (periodo 31/03/2014 - 09/04/2014), revisado el archivo de cada uno de estos trabajadores, se advierte que si bien, se aportaron comprobantes de nómina y/o de reliquidación de prestaciones sociales que registran pago de incapacidades, estos no coinciden con el periodo reclamado de la incapacidad y por tanto no es posible colegir que la incapacidad cuyo reembolso se solicita se hubiere cancelado al trabajador, teniendo en cuenta que respecto del Señor GERMAN BONILLA, lo que se allega es un comprobante de nómina expedido por el periodo comprendido entre el 16/03/2013 al 30/03/2013; en el caso de MARÍA ARGELIA PARADA se allegó comprobante de nómina por el periodo

comprendido entre el 01/02/2014 – 28/02/2014; respecto del señor JHOAN ALEXANDER ARANGO, se allegó comprante de nómina por el periodo comprendido entre el 01/03/2015 – 30/03/2015 y frente a LEIDY JOHANA CUESTA, se allegó comprobante de reliquidación de prestaciones sociales del 08/08/2014, razón por la cual, se confirmara la decisión de la Superintendencia de Salud en este sentido, siendo oportuno mencionar que las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen y en esa medida no le correspondía a la Superintendencia de Salud indicar en el auto admisorio que estos no reposaban cuando de manera general en la relación de pruebas se hizo alusión simplemente a desprendible de nómina.

Precisado lo anterior y toda vez que el apoderado de la pasiva refirió en su recurso, que luego de realizada auditoria por CRUZ BLANCA EPS se encontró que las incapacidades expedidas a CARLOS ALBERTO PUENTES HERNANDEZ, habían sido canceladas en su totalidad conforme se soportaba con el adjunto que se allegaba, se tiene que dicha situación debió haberse expuesto en la oportunidad procesal pertinente, que era con la contestación de la demanda, por lo que dicho soporte debió haberlo allegado con la misma, no siendo esta la oportunidad para revivir términos procesales ya agotados, por lo que no se abordará su análisis.

Ahora bien, teniendo claro lo anterior y como quiera que ambos recurrentes adujeron reparos respecto de la prescripción aplicada por la Superintendencia de Salud, lo que podría resultar en una modificación de la cantidad de incapacidades a reconocer y pagar, se procederá con su análisis en forma previa a entrar a determinar si las incapacidades que fueron reconocidas por la autoridad mencionada fueron liquidadas incorrectamente.

Tratándose de la prescripción, se tiene que en materia de reembolso de incapacidades existe norma expresa que señala como opera la misma, al respecto el **artículo 128 de la ley 1438 de 2011**, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 28. PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A SOLICITAR REEMBOLSO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.”

A su turno, el artículo 489 del C.S.T., dispone que el simple reclamo escrito del trabajador interrumpirá por una sola vez la prescripción, posibilidad que resulta aplicable al caso en la medida en que el asunto recae sobre derechos reconocidos por la normatividad laboral vigente y que tienen como fin ultimo la protección del trabajador.

Así las cosas, se tiene que la prescripción en materia de reembolso de incapacidades es trienal y opera a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador, en donde el reclamo escrito interrumpe por una sola vez la prescripción.

Atendiendo lo antes señalado y como quiera que la apoderada de la parte actora refiere que no debió aplicarse el fenómeno de la prescripción respecto de las incapacidades que así se consideraron por la Superintendencia y a su turno el apoderado de la pasiva manifestó que las incapacidades cuyo reconocimiento y pago ordenó la autoridad administrativa estaban prescritas se abordara el estudio de este medio exceptivo, teniendo en cuenta para ello el momento a partir del cual el empleador pagó la incapacidad del trabajador, encontrando del material probatorio allegado, lo siguiente:

TRABAJADOR	INCAPACIDAD		DIAS OTORGADOS	PAGO AL TRABAJADOR	RECLAMACIÓN	PRESCRIPCIÓN
	Inicio	Fin				
JOSE ISIDRO SALAMANCA ORTEGA	14/01/204	16/01/2014	3	15/01/2014	NO OBRA	14/01/2017
DIANA ALEXANDRA GUARIN LADINO	19/05/2014	29/05/2014	11	NO OBRA SOPORTE PAGO AL TRABAJADOR - Relq. Prest Soc. 2017	N/A	NO SE ANALIZA
ALBA CECILIA SEGURA MARTINEZ	10/12/20103	14/12/2013	3	NO OBRA SOPORTE PAGO AL TRABAJADOR	N/A	NO SE ANALIZA
	10/01/2014	24/01/2014	6	30/01/2014	NO OBRA	29/01/2017
	21/02/2014	25/02/2014	5	28/02/2014	NO OBRA	27/02/2017
DIANA CAROLINA RODRIGUEZ GONZALEZ	8/05/2014	9/05/2014	2	30/06/2014	NO OBRA	29/06/2017
JAVIER ANTONIO SERRANO CHAVES	11/11/2012	30/11/2012	20	30/11/2012	NO OBRA	29/11/2015
CARLOS ANDRÉS AGUDELO BEDOYA	28/01/2014	3/02/2014	7	28/02/2014	NO OBRA	27/02/2017
CARLOS ALBERTO PUENTES HERNANDEZ	17/11/2013	1/12/2013	15	27/12/2013	NO OBRA	26/12/2016
YESENIA JUDITH GONZALEZ ALVAREZ	10/07/2014	24/07/2014	15	15/09/2014	NO OBRA	14/09/2017
NANCY JANETH VILLAMIL ROJAS	1/10/2014	1/10/2014	1	15/10/2014	NO OBRA	14/10/2017
MAYERLIN OCAMPO ECHEVERRI	15/12/2014	17/12/2014	3	NO OBRA SOPORTE PAGO AL TRABAJADOR - Nómina 02/15 y hay mas incapacidades	N/A	NO SE ANALIZA

La primera conclusión a la que se llega luego de realizado el análisis es que en el caso de las incapacidades expedidas a los trabajadores DIANA ALEXANDRA GUARIN, MAYERLIN CAMPO y la incapacidad expedida a la señora ALBA CECILIA SEGURA, por el periodo comprendido entre el 10/12/2013 – 12/12/2013, no se encontró acreditado que el empleador hubiese realizado el pago de dicha incapacidad a estos trabajadores, toda vez que aunque se allegaron desprendibles de nómina y comprobantes de reliquidación de prestaciones sociales los mismos no corresponden al periodo en que fue expedida la incapacidad o no es posible establecer que contemplen la misma, razón por la cual, al no estar acreditado el pago al trabajador se tiene que respecto de estas incapacidades resulta inviable el reconocimiento, por las razones anotadas en líneas anteriores.

De otra parte, y toda vez que en el presente asunto la demanda se presentó por la parte actora el 17 de noviembre de 2017, tal y como se indicó en el misma Sentencia expedida por la Superintendencia de Salud y ello se desprende del sticker contentivo de la radicación de la demanda visto a folio 1 de expediente, se observa que para dicha data la solicitud de reembolso del pago de incapacidades de los señores ALBA CECILIA SEGURA por los periodos 10/01/2014 - 24/01/2014 y 21/02/2014 – 25/02/2014, y de las incapacidades expedidas a JOSE ISIDRO SALAMANCA, DIANA CAROLINA RODRIGUEZ, JAVIER ANTONIO SERRANO, CARLOS ANDRES AGUDELO, CARLOS ALBERTO PUENTES, YESENIA JUDITH GONZALEZ y NANCY JANETH VILAMIL, se encontraban prescritas en la medida en que ya habían transcurrido mas de 3 años desde que fueron canceladas a los trabajadores, además, no puede pasarse por alto que aunque se refiere por la parte actora que se presentó reclamación ante la EPS demandada, no se allegó el soporte de tales reclamaciones, sin que sea atendible que ello pueda acreditarse por un numero de consecutivo que refiere registró en los cuadros de los hechos y del petitum de la demanda o que ello se pueda colegir de la actitud de la pasiva ya que ni en los mismos hechos de la demanda se determinó con precisión cuando se habían presentado las reclamaciones, y en todo caso, no puede pasarse por alto que de acuerdo con lo señalado

en el artículo 489 del C.S.T., se tiene que la reclamación debe obrar por escrito, siendo oportuno señalar que aunque se indique que las solicitudes se hicieron por medios electrónicos, existen diversos mecanismos que pudo usar la actora para soportar la presentación de la reclamación.

Atendiendo que se consideró que el reembolso de ciertas incapacidades resultaban improcedentes por no encontrarse acreditado el pago de las mismas a los trabajadores y respecto a las demás se determinó que las mismas se encontraban prescritas, no se analizarán los demás argumentos expuestos en tanto que lo contemplado hasta aquí abarca todas las incapacidades cuyo reembolso se solicitó por la parte actora, de igual forma, y como no se cumplen las condiciones legales para acceder a la prestación que se reclamaba, se procederá a revocar la sentencia impugnada, para en su lugar absolver a la convocada a juicio.

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

RESUELVE:

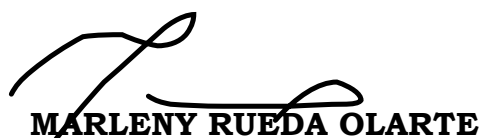
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, el 04 de junio de 2020, para en su lugar absolver a CRUZ BLANCA EPS S.A. de las pretensiones, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLORIA INES SÁNCHEZ
CARDOZO contra EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P. – ETB S.A. E.S.P. y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS.**

RADICADO: 11001 3105 027 2016 00600 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandantes Gloria Inés Sánchez Cardozo y Mercedes Guantivar, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de agosto de 2020.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por la demandante Mercedes Guantivar y por la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB S.A. E.S.P.

El apoderado de la Señora MERCEDES GUANTIVAR solicitó confirmar en su totalidad los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia del a aquo y revocar el numeral cuarto en el sentido de declarar no probada la excepción de enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta que a pesar que se había condenado a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a sustituir la pensión de jubilación del Señor VICTOR MANUEL MAYORDOMO, no se accedió al reconocimiento de los intereses moratorios, frente a lo cual solicitó considerar que aunque el artículo 6 de ley 1204 de 2008, estableció que en caso de controversia respecto a los beneficiarios para acceder a la sustitución el reconocimiento quedaría en suspenso hasta que la jurisdicción dirimiera el conflicto, la aplicación de dicha regla desconocía derechos fundamentales como el mínimo vital y seguridad social contemplado este ultimo en el artículo 48 de la Constitución Política y que una vez reconocida la prestación de acuerdo con lo estipulado en el 53 Ibidem el estado garantizaba el derecho al pago oportuno y reajuste periódico de las pensiones legales; que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contempla la procedencia del pago de intereses moratorios y que de acuerdo con lo señalado en las sentencias C-601 de 2000 y SU-065 de 2018, resultaba avante el pago de los mismos, debiéndose tener en cuenta además la especial protección de la que gozaban las personas de la tercera edad.

La ETB S.A. E.S.P. ratificó los hechos y fundamentos expuestos en la demanda, haciendo énfasis en que en este caso la discusión era el derecho pensional controvertido por dos presuntas beneficiarias del Señor VICTOR MANUEL MAYORDOMO, y que la tardanza en el reconocimiento pensional no era una situación para reprochar a las entidades reconocedoras como quiera que se escapaba de su ámbito de decisión y de actuar por lo que solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, en todo caso reitera que en caso de proferirse un reconocimiento pensional a favor de cualquiera de las que alegaban ser beneficiarias del causante dicha sentencia no se realizara respecto de su representada sino que recayera única y exclusivamente en POSITIVA

COMPAÑÍA DE SEGUROS, bajo el entendido que se había acudido a la figura jurídica de la conmutación pensional y por tanto una vez el Despacho determinara a quien le correspondía el derecho a la pensión de sobrevivientes correspondería a POSTIVA COMAPÑIA DE SEGUROS S.A. efectuar el reconocimiento.

I. ANTECEDENTES

La demandante señora Gloria Inés Sánchez Cardozo pretendió que se condenara solidariamente a la ETB S.A. E.S.P. y a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a reconocer liquidar y pagar la sustitución pensional de qué trata el literal a del artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, en el porcentaje a que hubiere lugar respecto de la pensión que recibía su compañero permanente Víctor Manuel Mayordomo, al momento de su muerte asimismo al pago de las mesadas atrasadas incluyendo la mesada 14 a la que tenía derecho la actora y al pago de los intereses moratorios de conformidad con el artículo 141 de la ley 100 del 93.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La tercera a excludendum Mercedes Guantivar solicitó que se condenara solidariamente a las demandadas, apagar la sustitución pensional de qué trata el literal a del artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, como beneficiaria única de la pensión recibida por su compañero permanente Víctor Manuel Mayordomo desde la fecha de su muerte, el 19 de marzo de 2016, así mismo, solicitó que se realice el pago de las mesadas atrasadas incluyendo la mesada 14 y al pago de intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la ley 100 del 93.

Al respecto, debe tenerse cuenta que, mediante auto del 23 de marzo de 2018, notificado por estado el 2 de abril del mismo año, se indicó que como la señora Mercedes Guantivar pretendía el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor Víctor Manuel mayordomo se tramitarían las dos demandas en el mismo proceso y se verificaría quién acreditaba un mejor derecho.

La ETB S.A. E.S.P., contestó ambas demandas, refiriendo que se oponía a las pretensiones condenatorias en la medida en que no existía legalmente responsabilidad solidaria entre ETB y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., en atención al contrato de conmutación pensional total que se había suscrito en cumplimiento de lo dispuesto del decreto 1260 de 2000, asimismo, indicó que dicha aseguradora dio aplicación a lo dispuesto en la ley 1204 de 2008 artículo 6, dejando en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes hasta que la jurisdicción ordinaria laboral resolviera el punto por existir conflicto entre las dos compañeras permanentes del causante, respecto a los intereses moratorios indicó que la pensión de jubilación otorgada ni la sustitución pensional eran prestaciones propias del sistema general de pensiones y en esa medida no le resultaban aplicables los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, ya que éstos sólo se generaban en aquellas personas que se otorgarán en vigencia el sistema de seguridad social. Propuso como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación a cargo de ETB, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de solidaridad y genérica.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al contestar las demandas guardó silencio frente a las pretensiones indicando que correspondía a la jurisdicción ordinaria especialidad laboral resolver el conflicto de eventuales beneficiarios de la prestación perseguida, respecto al pago de los intereses moratorios indicó que no tenían vocación de prosperidad en consideración a qué a su representada no le procedía el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes debido a que existían dos personas la señora Gloria Inés Sánchez y la señora Mercedes

Guantivar como presuntas beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y por tanto las señoras debían acudir a la jurisdicción laboral para dirimir el conflicto, de manera que el no pago obedeció a esta razón y no al capricho de la entidad. Propuso como excepciones el enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe, compensación, excepción genérica o innominada.

De otra parte, en audiencia realizada el 31 de julio de 2019, se ordenó vincular como demandada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y oficiar al juzgado 36 laboral del circuito para que aportará al juzgado copia íntegra del proceso ordinario laboral No. 2016 – 605, en el que actuó como demandante Gloria Inés Sánchez Cardozo como demandada COLPENSIONES y como litisconsorte la señora Mercedes Guantivar.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, manifestó su oposición a las pretensiones indicando que la señora Gloria Inés Sánchez Cardozo no había acreditado los requisitos establecidos en la ley 797 de 2003, ni tampoco el lleno de los requisitos exigidos en los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, a efectos de acreditar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, igualmente, precisó que al causante Víctor Manuel Mayordomo le fue reconocida pensión de vejez compartida con la ETB S.A. E.S.P. , por medio de Resolución No. 037074 de 2004, emitida por el Instituto de Seguros Sociales, en cuantía de \$873.516 efectivos partir del 16 de diciembre de 2013, destacando que la pensión de sobrevivientes a la cual pretendía acceder la accionante no puede serle reconocida ya que de conformidad con la Resolución No. GNR 377719 del 12 de diciembre de 2016, la sustitución pensional se encontraba otorgada a la interviniente ad excludendum señora Mercedes Guantivar, ya que de acuerdo con la investigación administrativa que realizó COLPENSIONES se había determinado que la señora Gloria Inés Sánchez Cardozo no sostuvo convivencia interrumpida hasta el fallecimiento del causante situación

contraria respecto de la señora Mercedes Guantivar, ya que se había logrado concluir que el señor Víctor Manuel mayordomo y la señora Mercedes Guantivar convivieron desde el 26 de junio de 1966 hasta el 19 de marzo de 2016 y en consecuencia se otorgó la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor Víctor Mayordomo a la Señora Mercedes Guantivar en un 100% junto con la mesada 14 a partir del 19 de marzo de 2016 por un valor de \$1.543.458 siendo ingresada en nómina para el período 2017 01 y pagada para el 2017 02. Igualmente, indicó que la presunta controversia sobre la prestación pensional ya había sido dirimida ante la jurisdicción ordinaria por el juzgado 36 laboral del circuito de Bogotá bajo el proceso 2016 605 mediante providencia proferida el 27 de septiembre de 2018, en donde la parte actora pretendía Igualmente la sustitución pensional y en dicho caso resolvió declarar que la señora Gloria Inés Sánchez Cardozo no tenía derecho a la pensión de sobrevivientes del señor Víctor Manuel mayordomo, decisión que fue confirmada en su integridad por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de diciembre de 2018, de manera que se estaba en presencia de cosa juzgada al estar debidamente ejecutoriado el fallo desde el 27 de febrero de 2019. Propuso como excepción previa la cosa juzgada y como excepciones de mérito la inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido y buena fe.

Constituido el despacho en audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, llevada a cabo el 21 de julio de 2020, se declaró probada la excepción previa de cosa juzgada presentada por COLPENSIONES y se ordenó su desvinculación del proceso.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de agosto de 2020, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA SEGUROS S.A. a sustituir la pensión de jubilación en la cuantía y condiciones que en vida devengaba el señor VÍCTOR MANUEL MAYORDOMO, desde el 19 marzo dos mil dieciséis, conforme a lo expuesto en la parte motiva esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la señora GLORIA INÉS SÁNCHEZ CARDOSO y ABSOLVER de las mismas a la demanda POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NEGAR las pretensiones formuladas por las demandantes contra la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB E.S.P. conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR PROBADAS las excepciones DE INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN A CARGO DE ETB e INEXISTENCIA DE SOLIDARIDAD atendiendo al contrato de conmutación pensional celebrado entre la ETB y POSITIVA formuladas por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB E.S.P. y DECLARAR PROBADA la de ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA y NO PROBADA la de PRESCRIPCIÓN formuladas por POSITIVA COMPAÑÍA SEGUROS S.A. conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Como fundamento de su decisión, se argumentó que no existía duda en que el señor Víctor Manuel Mayordomo había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, según daba cuenta la comunicación por medio de la cual se reconoció al causante una pensión de jubilación convencional a partir del 16 de diciembre de 2013, por lo que se señaló que el problema jurídico correspondía en determinar si dicha pensión debía sustituirse precisándose que aunque se trataba de una pensión prevista en la convención colectiva para la fecha de fallecimiento del causante la única norma que se encontraba vigente en materia en materia pensional era la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003 y toda vez que la norma que regulaba la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional era la vigente a la fecha de la muerte del causante se tendría en cuenta dicha norma para el estudio pensional teniendo en cuenta el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, por lo que se verificaría quién acreditó estar haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y hubiese convivido con el mismo no menos de 5 años contiguos con anterioridad la muerte.

Además, advirtió que la ETB S.A. E.S.P. en la comunicación en la que reconoció la pensión de jubilación indicó que, una vez reconocida la

pensión de vejez por parte del Seguro Social, la ETB asumiría el mayor valor (fl. 330), así mismo, refirió que el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES reconoció y pagó al causante una pensión de vejez a partir del 16 de diciembre de 2003, de acuerdo con lo establecido en la resolución No. 37074 de noviembre de 2004 (fl. 331).

De la valoración de los interrogatorios de parte y testimonios rendidos concluyó que no existía ninguna prueba que demostrará que la señora Gloria Inés Sánchez Cardozo convivió con el señor Víctor Manuel Mayordomo para la fecha de su de su fallecimiento o que lo hizo durante los cinco años anteriores al mismo, lo cual mencionó podría verificarse de las propias afirmaciones realizadas por la demandante Sánchez Cardozo, puntualizando que si bien pudo existir entre la misma y el señor Víctor Manuel Mayordomo una relación sentimental que pudo haberse prolongado en el tiempo y llevarse a cabo incluso simultáneamente con la de la pareja Mayordomo Guantivar, el artículo 47 de la ley 100 de 1993, era claro en exigir que la compañera permanente debía acreditar que estuvo haciendo vida marital con el pensionado durante los cinco años anteriores a su fallecimiento requisito reafirmado por diversas sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia tales como la SL1730 del 3 de junio de 2020 con ponencia del magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán. De acuerdo con esto se indicó que la convivencia no se demostró respecto de la señora Gloria Inés Sánchez Cardozo pero sí respecto de la señora Mercedes Guantivar y en esa medida esta se constituía en beneficiaria de la pensión de jubilación que había sido reconocida al causante Víctor Manuel Mayordomo.

De igual forma, se indicó que como quiera que el 31 de julio de 2013, se celebró entre ETB S.A. E.S.P. y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. un contrato para la normalización del pasivo pensional de la ETB a través de una póliza de seguros de pensiones con connotación total del pasivo pensional dentro de la cual se incluyó la pensión que le

había sido reconocida al señor Víctor Manuel Mayordomo cómo se verificaba en el certificado individual de conmutación pensional que

reposaba a folio 431 del expediente determinó que sería POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., quien asumiera el pago de la sustitución pensional de la señora Mercedes Guantivar, a partir del 19 de marzo de 2016, en las sumas y condiciones que las percibía el señor Víctor Manuel Mayordomo, negó los intereses moratorios al considerar que la entidad no pagó la sustitución pensional ante la controversia generada entre las presuntas beneficiarias por lo que dejó en suspenso la prestación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante Gloria Inés Sánchez Cardozo, solicitó la revocatoria de la sentencia en el sentido de que se debería acceder a las pretensiones de su representada o a compartir ese derecho, lo cual sustentó en que la determinación de excluir de las pretensiones a su representada, generaba una deficiencia de razonabilidad en el ejercicio de la sana crítica que podría llevar a un vicio procedimental al desconocer en esa forma los derechos que se pretendían en la demanda, pudiendo vulnerarlos si se demostraba que efectivamente ese juicio de valoración resultaba deficiente porque no se había concurrido en el estado ideal con las diferentes pruebas, habiéndose explicado la razón en los alegatos, e independientemente de esa situación una cosa era la forma en que se vertía la prueba y otra cosa era que no contuviera y se apartara del requerimiento realizado en la Ley 100 de 1993, en su artículo 47, para demostrar la existencia de la convivencia de Gloria Inés Cardozo con el señor Víctor Mayordomo, durante los últimos 5 años, pero que en la misma forma que el despacho había concluido que la forma en que se habían presentado las declaraciones podían coincidir con que lo expuesto atendía más a una relación eventual, furtiva y diseccionada que no daba la continuidad que reclamaba la norma, señalado que incluso el despacho alcanzaba a evidenciar la notoriedad y la fuerza para que fuera reconocido en los términos de la ley esa convivencia, se trataba de una situación que

era respetable pero subjetiva por cuanto si bien se encontraba que faltaba esa mayor consistencia en la presentación de la prueba también se tenía que no había nada en contravía que comprobara que exactamente correspondía a la conclusión a la que había llegado el despacho, en ese sentido resaltó que en el punto de igualdad y equilibrio procesal independientemente del aspecto que se mencionó cuando se hizo la tachada de los testimonios de los familiares, que las inconsistencias que se presentaron en su parte también se advertían en los testimonios de la contraparte trayendo a colación situaciones que según este generaban esta situación.

Además, refirió que se había advertido cuando se hablaba de la hermenéutica usada por el Juzgado 36, cuando atendió las mismas valoraciones al proceso que se le presentó allí con COLPENSIONES, el hecho que se habían desconocido unas cosas que si bien podrían entrar a valorarse de alguna manera respetable por alguno de los sectores nadie se había pronunciado respecto de éstas a excepción de su parte y que no se habían manifestado como falsas y que aunque algunas hubiesen sido fuera de la temporalidad y que no tuvieran que ver directamente con el periodo establecido en la norma eran elementos además de los testigos que denotaban y robustecían la convivencia y atendían a la relación profunda, personal y directa de convivencia que existía entre las partes.

Asimismo refirió que habían unas condiciones de favorabilidad, respecto al apoyo del qué sirvió la señora Juez que recabaron y fortalecieron a la contraparte en que el causante estuvo hospitalizado pero esa visión no tenía equilibrio en los 5 años ya que estaba demostrado que ese hecho de hospitalización y agravamiento se presentó en los últimos cuatro meses y que aunque que nadie vio a la Señora Inés haciendo visitas en dicho periodo señaló que por lógica y sentido común cuando se presentaban intereses contrarios afectivos respecto de una misma persona le resultaba muy difícil a su representada poder asistir al hospital.

En esa medida atendiendo lo dispuesto en el artículo 29 constitucional, solicitó revisar y evaluar los testimonios de las personas que se habían presentado y a las que se había referido la señora juez en su análisis para adoptar la decisión.

Por su parte, la apoderada de la demandante Mercedes Guantivar, presentó recurso de apelación frente a la negativa del reconocimiento de intereses moratorios a la pensión reconocida a su representada, argumentando que la Ley 100 de 1993 había establecido la seguridad social como un derecho fundamental y dentro de esos mecanismos de protección estableció la vejez, la invalidez y la muerte, precisando que respecto de esta última estableció la sustitución a los sobrevivientes y que de acuerdo con lo establecido en la sentencia C -601 de 2000 y la sentencia unificación SU 065 de 2008, la Corte Constitucional estableció la aplicación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, aplicaba no solo a pensiones reconocidas en vigencia de la ley 100 de 1993, de la norma legal y convencional, sino también de la particular y convencional y que en aplicación del artículo 53 de la Constitución Nacional, el estado debía garantizar el pago oportuno y el ajuste de las pensiones otorgadas, de manera que con el no reconocimiento de estos intereses se estaba negado el mínimo vital de personas de la tercera edad como lo era la demandante quien no tenía por qué soportar una carga por no habersele reconocido oportunamente a ella la pensión de sustitución como la venía percibiendo el señor VICTOR MANUEL MAYORDOMO y que eso también le afecta a ella en sus condiciones de vida digna y de salud.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si el reconocimiento de la pensión de jubilación realizada por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P. – ETB S.A. E.S.P. al señor Víctor Manuel Mayordomo (Q.E.P.D.) debía sustituirse no solo respecto de la señora MERCEDES GUANTIVAR sino también respecto de

la señora GLORIA INÉS SÁNCHEZ CARDOZO y si resultaba procedente el pago de los intereses moratorios reclamados.

Así las cosas, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a que el señor Víctor Manuel Mayordomo falleció el 16 de marzo de 2016, conforme se advierte del registro civil de defunción obrante a folio 11 del expediente, tampoco existe controversia frente al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que realizó la ETB al causante, en tanto reconoció pensión de jubilación al mismo el 13 de enero de 2004, a partir del 16 de diciembre de 2003, por valor de \$ 1.196.022, conforme se acredita con la comunicación obrante a folio 330 del plenario y que el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, reconoció pensión de vejez al causante el 14 de noviembre de 2004, a partir del 16 de diciembre de 2003, en cuantía inicial de \$873.516, de acuerdo con la resolución no. 037074 de 2004 *“por la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el sistema general de pensiones - régimen solidario de prima media con prestación definida”* que reposa a folio 331 del plenario.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que al revisar el contenido de la comunicación del reconocimiento de la pensión de jubilación realizada por ETB S.A. E.S.P., se observa que en el último párrafo de la misma se indica *“De forma inmediata usted contrae la obligación de solicitar la pensión de vejez ante el seguro social e informar cuando le sea reconocida. A partir de la fecha de autorización de la pensión de vejez será de cargo de ETB S.A. E.S.P. únicamente el pago de la diferencia entre una pensión y otra, si la hubiere. El retroactivo que se genere por concepto de mesadas causadas y no pagadas corresponde a ETB toda vez que la empresa continuará cancelando el total de la mesada hasta la fecha en que se comuniquen la decisión del seguro social Asimismo usted deberá reintegrar los mayores valores recibidos por concepto de pago de mesadas”* Asimismo en la resolución No. 037074 de 2004 expedida por el ISS, se evidencia que en el párrafo final de la parte considerativa se indicó lo siguiente *“Qué según documentos obrantes en el expediente se concluye que el retroactivo*

de la pensión debe ser girado a la empresa de telecomunicaciones No. Nit. 00899999115” aspecto este que se reitera en el artículo segundo del

resuelve de la mencionada resolución, de lo que se infiere que la pensión de jubilación convencional otorgada al causante era una pensión que tenía el carácter de compartida con la de vejez que se reconociera por el Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones.

Adicionalmente, tampoco puede perderse de vista que en audiencia realizada el 31 de julio de 2019, el Juzgado 27 Laboral del Circuito, ordenó la vinculación de COLPENSIONES como demandada al proceso así como oficiar al Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá para que remitiera copia íntegra del proceso ordinario laboral 2016-605 en el que actuó como demandante la Señora GLORIA INÉS SÁNCHEZ CARDOZO, como demandada COLPENSIONES y como litisconsorte la señora MERCEDES GUANTIVAR., advirtiéndose que en la contestación de la demanda de COLPENSIONES refirió que al causante le había sido reconocida pensión de vejez compartida con la empresa de Telecomunicación de Bogotá - ETB mediante Resolución No. 037074 de 2004 a partir del 16 de diciembre de 2013 y que operaba la cosa juzgada en la medida en que la controversia respecto a la sustitución de la pensión ya había sido dirimida, concediéndose el reconocimiento de la prestación a la señora MERCEDES GUANTIVAR, mediante sentencia del 27 de septiembre de 2018, expedida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso 2016-605, la cual había sido confirmada en su integridad mediante la sentencia expedida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de diciembre de 2018

De igual forma, obra como prueba trasladada el proceso 2016 -605, cuyo trámite fue adelantando en el Juzgado 36 Laboral del Circuito, advirtiéndose que de acuerdo con requerimiento realizado por el Juzgado se allegó por parte de Colpensiones el expediente administrativo del señor VICTOR MANUEL MAYORDOMO (fl. 97), en el que reposan como documentos relevantes la Resolución No. VPB 5374 del 8 de febrero de

2017 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE UN TRAMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (SUSTITUCION PENSIONAL — RECURSO DE

APELACIÓN)” de la cual se logra dilucidar la naturaleza de la pensión reconocida al causante, pues se indica en el considerando:

CONSIDERANDO

Que mediante Resolución N° 037074 de 2004, el Instituto de Seguros Sociales reconoce una pensión de vejez de carácter compartida a favor del señor **MAYORDOMO VICTOR MANUEL**, identificado con CC No. 17.071.913, con una cuantía de \$873,516 efectiva a partir del 16 de diciembre de 2003.

Que mediante Resolución GNR 280117 del 21 de septiembre de 2016, esta entidad negó una sustitución pensional como consecuencia del fallecimiento del señor **MAYORDOMO VICTOR MANUEL**, ya identificado, solicitada por la señora **GUANTIVAR MERCEDES**, identificada con CC No. 41.357.693 y **SANCHEZ CARDOZO GLORIA INES**, identificado con CC No. 51.575.047.

Que la Resolución anterior se notificó el día 23 de septiembre de 2016, y la Doctora GONZALEZ MURILLO DIANA PAOLA, mediante escrito presentado el 07 de octubre de 2016 radicado bajo el número 2016_11935050, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución GNR 280117 del 21 de septiembre de 2016, previas las formalidades legales señaladas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, manifestando su inconformidad básicamente en los siguientes términos:

“Solicito que se revoque la decisión emitida por la Resolución No. GNR 280117 del 21 de septiembre de 2016, y basados en los nuevos elementos probatorios se conceda el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora MERCEDES GUANTIVAR por contar los requisitos establecidos por la ley para ser titular de derecho.”

Que mediante resolución GNR 377719 de 12 de diciembre de 2016, esta entidad resolvió recurso de reposición en contra de la Resolución GNR 280117 del 21 de septiembre de 2016, en sentido de revocar la resolución recurrida y por lo tanto reconociendo una sustitución pensional de carácter compartida como consecuencia del fallecimiento del señor **MAYORDOMO VICTOR MANUEL**,

VPE 5374 08 FEB 2017

ya identificado, a favor de la señora **GUANTIVAR MERCEDES**, ya identificada a partir del 19 de marzo de 2016 con una mesada de \$1.543.458.00 y dejando en suspenso el valor del retroactivo de la sustitución pensional de carácter compartida hasta tanto se determinara a quien se debía girar dicho monto.

Que la entidad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS quien asumió las pensiones de LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ETB, mediante radicado N° 2017-624448 de 20 de enero de 2017 allegó certificación informando a quien se debía girar el retroactivo de la prestación reconocida exponiendo lo siguiente:

“Así las cosas, nos permitimos informarle que el Retroactivo que se dejó en suspenso en la mencionada Resolución, pertenece a la beneficiaria de la Pensión de Sustitución reconocida por COLPENSIONES, toda vez que el reconocimiento de la Pensión Compartida la realizó el Seguro Social mediante Resolución 037074 de 2004 (Anexa) a favor del Causante VICTOR MANUEL MAYORDOMO (q.e.p.d.), quien se identificó en vida con CC.17.071.913 y se hizo efectiva a partir del 15 de Enero de 2005.”

Que la entidad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS quien asumió las pensiones de LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. ETB, solicito la reliquidación de la pensión de vejez del señor **MAYORDOMO VICTOR MANUEL**, reliquidación que estudiaremos en el presente acto administrativo.

También se observa que reposa en dicho expediente solicitud presentada por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., con asunto “SOLICITUD RELIQUIDACIÓN PENSIÓN COMPARTIDA DE VEJEZ - SUSTITUCIÓN PENSIONAL CONFORME A RESOLUCIÓN No. 037074 24 de noviembre de 2004 A FAVOR DE MAYORDOMO VICTOR MANUEL C.C.17071913 (q.e.p.d.) BENEFICIARIA GUANTIVAR MERCEDES C.C. 41357693.” en donde en uno de sus apartes se señala “En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que ETB S.A. E.S.P. transfirió a favor de POSITIVA S.A. la responsabilidad jurídica del pago de pensiones a su cargo, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., como entidad pagadora de

la pensión de jubilación de MAYORDOMO VICTOR MANUEL C.C. 17071913 (q.e.p.d) se encuentra debidamente legitimada para presentar solicitudes respetuosas ante COLPENSIONES”.

De conformidad con los documentos antes mencionados, así como, con la comunicación de reconocimiento de la pensión de jubilación al señor Víctor Manuel Mayordomo y la Resolución No. GNR 037074 de 2004 a través de la cual se realizó el reconocimiento de la pensión compartida de vejez por parte de Colpensiones, se tiene que la pensión de jubilación reconocida por la ETB tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, es decir, que se trataba de una misma pensión.

Frente al tema de la compartibilidad pensional conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL4555-2020 radicación No. 82422, en donde se indicó:

“Al respecto, importa a la Sala recordar que ante el hecho de que los trabajadores puedan ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma como a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación. Así, expidió el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que dispuso:

Artículo 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. (Subraya la Sala).*

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.*

De manera tal que, el querer del legislador fue evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran concomitantemente dos prestaciones, una de orden extra legal y otra legal, a menos que de manera expresa las partes pactaran lo contrario; y a efecto de

asegurarle al titular de éstas el pago de la de mayor cuantía, estableció que si el valor de la que le cancelaba directamente el empleador era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de la primera, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar solamente la diferencia, fenómeno que se conoce como compartibilidad pensional.

La mencionada figura ha sido analizada en diferentes oportunidades por esta Sala de la Corte, verbigracia, en la sentencia SL13996-2014, reiterada recientemente en la SL2963-2018, en la cual se dijo:

(...)

Así las cosas, la referida compartibilidad pensional no tiene por objeto que el pensionado cuente con dos pensiones, pues, precisamente, el efecto de la mentada figura es el de la asunción del riesgo por el ente de seguridad social con el aseguramiento de que no se deteriore el valor de la pensión que se venía percibiendo, por manera que, la prestación de vejez que otorga la entidad administradora será la que se mantendrá como pensión en toda su identidad; de consiguiente, no por el hecho de que el empleador conserve a su cargo el pago del mayor valor que resultare en favor del pensionado, esa diferencia o mayor valor tendrá las connotaciones de una prestación pensional distinta a la de vejez asumida por el ente de seguridad social, por cuanto que ese valor debe mantenerse por no poderse afectar el quantum o monto del derecho pensional subrogado, habida consideración de que ese parámetro pensional queda cobijado por el concepto de derecho adquirido.

(...)”

De acuerdo con el precedente citado, se tiene que tratándose de pensiones compartidas no puede entenderse que surgen dos pensiones diferentes, una extralegal y otra legal, sino que para asegurar el pago de la mayor cuantía en que se hubiese reconocido la pensión por el empleador se determinó que si el valor que cancelaba directamente el empleador era superior a la que reconociera el ISS, el empleador quedaría obligado a reconocer la diferencia y que en todo caso la pensión de vejez que otorga la entidad administradora sería la que se mantendría en toda su identidad, de manera que aunque el empleador conservará el pago del mayor valor no tendría la connotación de una prestación pensional distinta a la de vejez reconocida.

Así las cosas y toda vez que la pensión cuya sustitución se pretende en este asunto, era una pensión de carácter compartida entre el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones y la ETB S.A. E.S.P., siendo a cargo de esta última solo el mayor valor resultante entre la pensión de vejez que reconoció el ISS y la reconocida por la ETB, se tiene que se trata de una

misma prestación y como quiera que la controversia frente a la sustitución pensional de la prestación de vejez compartida reconocida por COLPENSIONES al causante VICTOR MANUEL MAYORDOMO, ya había sido dirimida por la Jurisdicción Ordinaria Laboral y existía una situación jurídica consolidada respecto a la beneficiaria del derecho, siendo la Señora MERCEDES GUANTIVAR, no resultaba procedente un nuevo análisis en este sentido en el presente asunto.

Nótese que en la sentencia expedida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito, se tuvo como extremos iniciales a la Señora Gloria Inés Sánchez Cardozo y a COLPENSIONES, el problema jurídico se contrajo en determinar si la señora Gloria Inés Sánchez Cardozo había ostentado la condición de compañera permanente del Señor Víctor Manuel Mayordomo entre el 15 de febrero de 1994 y el 19 de marzo de 2016 (fecha de fallecimiento del mismo) y si en esa medida le correspondía la sustitución de la pensión reconocida por COLPENSIONES al causante, no obstante, como se advirtió que la pensión ya había sido reconocida a la señora Mercedes Guantivar se ordenó su vinculación como litisconsorte al proceso. De la sentencia emitida por el mencionado Juzgado se destaca que se indicó que estaba acreditado que la sustitución pensional había sido reconocida a la Señora MERCEDES GUANTIVAR, mediante resolución No. GNR 377719 del 12 de diciembre de 2016, que el fallecimiento del Señor VICTOR MANUEL MAYORDOMO se produjo el 19 de marzo de 2016 y que él mismo había sido pensionado mediante Resolución No. GNR 037074 de 2004, expedida por el Instituto de Seguro Social (misma Resolución a través de la cual se realizó el reconocimiento de la pensión compartida). También se indicó que del acervo probatorio recaudado tanto de los testimonios como de las demás pruebas aportadas no se pudo establecer que la Señora Gloria Inés Sánchez, hubiese convivido con el causante en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento y por el contrario ello si se había acreditado por la litisconsorte Mercedes Guantivar, mediante las pruebas que allegó que ratificaban su

convivencia con el causante, razón por la cual se concluyó que la Señora GLORIA INÉS SÁNCHEZ no era beneficiaria de la sustitución pensional del Señor VICTOR MANUEL MAYORDOMO y en esa medida dispuso en el resuelve lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR que la Señora GLORIA INÉS SÁNCHEZ CARDOZO no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes del Señor VICTOR MANUEL MAYORDOMO.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES - y a la señora MERCEDES GUANTIVAR de todas las pretensiones formuladas por la accionante.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la promotora de litis. Líquidense con la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.

CUARTO: CONSÚLTESE la presente sentencia con el superior, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.”

Dicha decisión fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 18 de diciembre de 2018.

De lo anterior, se vislumbra que el proceso que cursó en el Juzgado 36 Laboral del Circuito no tuvo dentro de los extremos a la Empresa Telefónica de Bogotá ETB. E.S.P. o a Positiva Compañía de Seguros y fue esta la razón por la cual el A quo al resolver la excepción previa de cosa Juzgada en audiencia adelantada el 21 de julio de 2020 la declaró probada respecto de COLPENSIONES al existir identidad de objeto y causa y ordenó su desvinculación del proceso, siguiendo adelante con las demás partes.

Aclarado lo anterior y de conformidad con análisis realizado, el reconocimiento efectuado por el A quo no corresponde al pago de una pensión de jubilación, sino al pago del mayor valor que estuviera a cargo de la ETB S.A. E.S.P hoy de POSITIVA S.A,¹ en virtud de la diferencia respecto a la pensión de vejez compartida que reconoció el Instituto de

¹ Que hoy con motivo del contrato de conmutación pensional debe ser asumido por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Seguro Social hoy Colpensiones, al Señor Víctor Manuel Mayordomo, por lo cual se modificará la sentencia en este sentido.

Respecto a la procedencia del pago de intereses moratorios a favor de la Señora Mercedes Guantivar por parte de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., se tiene que, a pesar de tratarse de una misma prestación, la hoy demandada POSITIVA S.A. no fue vinculada al proceso que se siguió en el Juzgado 36 Laboral del Circuito de esta ciudad, razón por la que se dejó abierta la discusión sobre la obligación a su cargo, al punto que se promovió el presente proceso y solo se favoreció a Colpensiones con la excepción de cosa juzgada.

Bajo la anterior premisa POSITIVA S.A., no estaba habilitada para otorgar por iniciativa propia el reconocimiento pensional proporcional en favor de una u otra de las reclamantes, mientras estuviera en litigio, razón por la que se negara el reconocimiento de intereses moratorios y se condenará a que las diferencias pensionales sean indexadas hasta el momento del pago, para lo cual deberá aplicarse la formula señalada por la sala de casación laboral.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de agosto de 2020, para condenar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a pagar el mayor valor que le corresponde asumir en virtud del reconocimiento de la pensión compartida sustituida a la señora MERCEDES GUANTIVAR por Colpensiones, desde el 19 de

marzo de 2016, resultante de la diferencia entre la pensión convencional que devengaba el causante y la de vejez que le reconoció Colpensiones, a partir del 19 de marzo de 2016 y en forma indexada como se dispuso en la parte motiva.

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

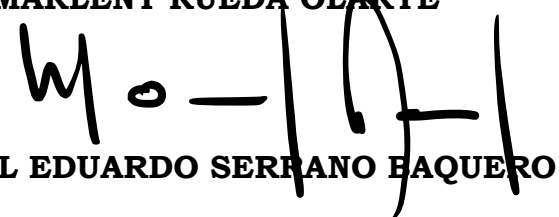
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HECTOR FABIO LADINO GÓMEZ y RAUL MOLINA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 037 2019 00617 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de los demandantes, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes Héctor Fabio Ladino Gómez y Raúl Molina pretendieron que se condenará a COLPENSIONES al reconocimiento y pago del incremento del 14% de conformidad con lo establecido en el

literal b del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de 1990 y a la indexación de las sumas adeudadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, manifestó su oposición a las pretensiones de la parte demandante refiriendo que no tenían fundamento legal para prosperar de tal suerte que se oponía a que se declarara que se era titular del derecho al incremento consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por el hecho de haber sido pensionado bajo dicha normatividad ya que los incrementos descritos se encontraban derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993 y atendiendo al fenómeno extintivo de la prescripción dichos incrementos se encontraban prescritos en su totalidad. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: *Declarar probada la excepción previa de prescripción y en consecuencia ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las pretensiones invocadas en la demanda de conformidad con la parte motiva de la decisión.*

SEGUNDO: *Sin costas.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que existía soporte normativo del cual se podía colegir que en efecto se mantuvieron vigentes

los incrementos pensionales a pesar de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y ellos se materializaba en el artículo 32 de la mencionada ley, en donde se determinó que en el régimen de prima media con prestación definida se mantendrían vigentes los incrementos pensionales, adicionalmente, refirió que la Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias tales como 21517 del 27 de julio de 2005, las sentencias 27751, 21531, 21741 de 2007, 33645 de 2010 y la SL1257 de 2018, habían determinado que efectivamente los incrementos conservaron su vigencia a pesar de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, lo cual le permitía apartarse de lo resuelto en la sentencia SU - 040 de 2019 en virtud de la cual se determinó la desaparición de los incrementos pensionales máxime que en los términos del artículo 53 de la Constitución nacional y del principio pre operario acogía el precedente de la Corte Suprema de Justicia en tanto que admitía el estudio de los incrementos pensionales.

Acto seguido procedió con el análisis del cumplimiento de los requisitos contemplados en el literal b del artículo 21 del acuerdo 049 de 1990, respecto al reconocimiento del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo que dependiera económicamente del afiliado, así, de las pruebas documentales testimoniales recaudadas durante el trámite de instancia concluyó que ambos demandantes acreditaron que sus compañeras permanentes dependían económicamente de los mismos, sin embargo, al realizar el análisis de la prescripción precisó que precisamente al haber acogido el precedente de la Corte Suprema de Justicia, este debía aplicarse en forma completa y como el mismo establecía que para dicho efecto debía tenerse en cuenta la fecha en que había sido reconocida la prestación de vejez y toda vez que la reclamación que se hizo en ambos casos superó ostensiblemente el trienio de la prescripción procedió a declarar probada la excepción.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de los demandantes, solicitó la revocatoria de la sentencia y se accediera a las súplicas de la demanda, fundamentada en que el pronunciamiento que se realizó sobre la prescripción no tuvo en cuenta el artículo 22 del acuerdo 049 de 1990, que establecía que los derechos a los incrementos no hacían parte integral de la pensión y además se había pasado por alto que la prestación solicitada era de tracto sucesivo, por lo que de acuerdo con lo señalado en el artículo 488 del código sustantivo del trabajo y el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social que contemplaban la prescripción, esta se refería a las acciones reguladas por la legislación del orden laboral contemplando una prescripción de 3 años desde el momento en que la obligación se había hecho exigible salvo en los casos de prescripción especiales y que como en el presente asunto la prestación era de tracto sucesivo la prescripción debía hacerse dentro de los tres años anteriores a la reclamación administrativa resaltando que en el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia y las altas cortes se habían pronunciado respecto a los incrementos pensionales del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, ratificando que la prescripción operaba tres años atrás del momento en que se había presentado la reclamación administrativa.

Establecida de esta manera las inconformidades de los apelantes, se procede a resolver los recursos previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento a los demandantes del incremento pensional por cónyuge y/o compañera a cargo contemplado en el literal b del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos i) al señor HECTOR FABIO LADINO GOMEZ, le fue reconocida pensión de vejez por parte del Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, a partir del 5 de agosto de 1998 en cuantía de \$401.222, teniendo en cuenta el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 (según da cuenta la Resolución No. 008033 del 28 de abril de 1999 obrante a folio 15) y que ii) al Señor RAÚL MOLINA, le fue reconocida pensión de vejez por parte del Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones, a partir del 1° de febrero de 2010 en cuantía de \$1.352.133, teniendo en cuenta el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 (según da cuenta la Resolución No. 101502 del 12 de febrero de 2010, visible a folio 23 del expediente)

Tampoco existe cuestionamiento alguno frente a la dependencia económica que se encontró acreditada por el A quo respecto a las compañeras permanentes de ambos demandantes, pues lo que se controvierte es la prescripción que fue aplicada por el fallador de primera instancia.

Ahora bien, tratándose de incrementos pensionales conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en pronunciamiento reciente realizado en la sentencia No. SL1125-2021 radicación No. 9162, en donde se indicó:

“Debe resaltar la Sala que, sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo, la jurisprudencia ha venido discutiendo la viabilidad de reconocerlos con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, en favor de los pensionados a quienes se les reconoció la prestación económica con ocasión del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, condiciones que acredita el recurrente, en razón a que no se discute la fuente normativa de la pensión que recibe, modo que tanto esta Sala como la Corte Constitucional, en sede de tutela rechazó su reconocimiento (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517; CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10

ag. 2010, rad. 36345; CSJ SL9592-2016 y CSJ SL1975-2018) o lo hizo si no se hubiera extinguido por prescripción (CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 27923) y finalmente en la sentencia CC SU140-2019, la última determinó su vocación de existencia únicamente para aquellas personas que adquirieron el derecho pensional antes de la vigencia de la referida ley de seguridad social, en los siguientes términos:

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

3.2.4 Lo anterior debe ser suficiente para que la Corte concluya que los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993. Ciertamente, ante la regulación integral y exhaustiva en materia pensional que hizo la Ley 100, no cabe sino concluir sobre la derogatoria orgánica del régimen anterior (ver supra 3.1.2.- 3.1.4.) dentro del cual cohabitaban los referidos incrementos.

3.2.5 Para la Corte es innegable entonces que el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no produce efecto alguno respecto de quienes hayan adquirido el derecho a pensión con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993; todo ello sin perjuicio de que, con arreglo al respeto que la Carta Política exige para los derechos adquiridos, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 y hayan en ese momento cumplido con los presupuestos de la norma, conserven el derecho de incremento pensional que se les llegó a reconocer y de que ya venían disfrutando, siempre y cuando mantengan las condiciones requeridas por el referido artículo 21.

[...]

3.2.11. En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ib.

3.2.12. La claridad de lo atrás expuesto no se opone a que la Corte explique las razones por las cuales resulta inadmisibles cualquier argumentación dirigida a apoyar la vigencia del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con fundamento en que en el subsiguiente artículo

22 se señaló que el derecho a los incrementos previstos en el artículo 21 “subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.

3.2.13. En efecto, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la vigencia de la Ley 100 –esto es, cuando se haya efectivamente cumplido con los requisitos para acceder a la pensión antes del 01 de abril de 1994- no puede predicarse la subsistencia de un derecho que no llegó siquiera a nacer a la vida jurídica. En otras palabras, el régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 únicamente protegió las expectativas legítimas que pudieren tenerse para adquirir el derecho principal de pensión pues los derechos accesorios a éste –además de no tener el carácter de derechos pensionales por expresa disposición de la ley - no tuvieron efecto ultractivo alguno. Y si en gracia de discusión se admitiera que los referidos incrementos sí gozaban de dicha ultractividad, la expectativa de llegar a hacerse a ellos definitivamente desapareció para todos aquellos que no llegaron a efectivamente adquirirlos durante la vigencia del régimen anterior.

En consideración de lo anterior, no hay lugar al reconocimiento de esta prebenda, en la medida que, entiende la Sala, fueron derogados con el advenimiento de la Ley 100 de 1993 y sus efectos no subsistieron por transición, dado que el artículo 36 ibidem solo respetó lo relacionado con edad, tiempo y monto de pensión y nada dijo sobre este derecho accesorio a la pensión.

(...)”

Bajo las anteriores premisas y dado que el cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho a la pensión por parte de los demandantes, se configuraron con posterioridad al 1° de abril de 1994, según se desprende de las resoluciones de reconocimiento de la prestación de vejez, las razones por las cuales se apartó el juez de instancia de la sentencia de unificación SU - 140 de 2019, dando aplicación a precedentes antiguos del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, perdieron vigencia por las razones suficientemente expuestas en el precedente reciente antes citado, por lo que se confirmara la sentencia apelada, pero en razón de la derogatoria de las normas que consagraban el derecho y no de la prescripción

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

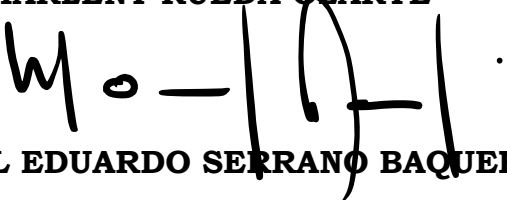
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR SORANY MORA JIMENEZ contra MEDIMAS EPS S.A.S. y CAFESALUD EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00287 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por CAFESALUD EPS S.A. contra el fallo proferido el 10 de febrero de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 13 de noviembre de 2020 (fl. 59) y remitido el expediente a esta Corporación el 18 de marzo de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La demandante pretendió que se ordenara en su favor el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que en calidad de afiliada y cotizante independiente a CAFESALUD EPS, una vez nacida su hija se acercó a las instalaciones de la EPS mencionada con la finalidad de hacer efectivo el pago de la licencia de maternidad a la que tenía derecho, en donde le explicaron que el pago se realizaría en 4 cuotas y que la cuenta debía ser radicada en el mes de agosto para pago del mes de julio, ya que debido a la fecha de parto 26 de junio de 2017 era una pérdida de tiempo realizar el cobro de los 4 días de junio, refirió que siguiendo esas instrucciones regresó el 1° de agosto de 2017 y allí le indicaron que ya no eran CAFESALUD que ahora se llamaban MEDIMAS y que no le podían recibir los documentos, que en la línea de atención de MEDIMAS le informaron que en el estado de la licencia aparecía liquidada para pago por la EPS CAFESALUD y que regresara en la siguiente semana una vez se normalizara el servicio y la transición debido a la liquidación, lo cual realizó el 8 de agosto de 2017, no obstante, en MEDIMAS nuevamente le reiteraron que no podían atender su solicitud ya que CAFESALUD era la responsable de dicho pago, presentado la acción al no haberse podido comunicar con la mencionada EPS.

III. RESPUESTA DE MEDIMAS EPS S.A.S.

MEDIMAS EPS S.A.S. sostuvo que no era la legalmente obligada a reconocer y pagar las obligaciones causadas, toda vez que ni si quiera había iniciado operaciones, ya que las prestaciones económicas fueron causadas con anterioridad al 1° de agosto de 2017, por lo que eran obligación de CAFESALUD EPS y además que tampoco hacían parte de las obligaciones que había sido delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017. Propuso la excepción de fondo de falta de legitimación por pasiva.

IV. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

CAFESALUD EPS S.A., manifestó frente al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad a nombre de la Señora SORANY MORA JIMENEZ, que la misma se encontraba liquidada y autorizada para su pago por valor de \$3.361.776 en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 2353 de 2015. Propuso como excepciones la denominada licencia de maternidad liquidadas y aprobadas para su pago, en donde indicó que se procedería con el pago una vez se realizara el levantamiento del embargo de las cuentas maestras de CAFESALUD EPS decretada por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Barranquilla, también propuso como excepción la genérica.

V. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas por la parte actora a cargo de CAFESALUD EPS al considerar que de conformidad con lo señalado en el artículo 116 del Decreto Ley 663 de 1993 (modificado artículo 22 Ley 510 de 1999) y el artículo 9.1.1.1.1 del Decreto 2555 de 2010, al haberse decretado la toma de posesión inmediata para liquidar CAFESALUD EPS, su agente liquidador tenía el deber de velar por el levantamiento de las medidas cautelares que pesaren sobre los bienes de la entidad con el fin de garantizar el cubrimiento de las acreencias que fueran reconocidas dentro del proceso liquidatorio, por lo que a partir de la Resolución 007172 del 22 de julio de 2019, CAFESALUD debió ejercer las acciones tendientes al levantamiento de las cautelas por lo que no encontraba justificación en los argumentos aducidos ya que el hecho que se tuvieran las cuentas embargadas no se sustraía de la obligación de pago frente a las prestaciones económicas a su cargo, máxime cuando en el presente asunto ya se encontraba reconocida y liquidada, aunado a lo anterior, precisó que en atención a lo señalado en los artículos 218 y 220 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2.6.1.1.4 del Decreto 780 de 2016, los recursos con los que se cancelaban las licencias de maternidad eran

administrados por la ADRES y no por las EPS y su liberación surgía a partir del nacimiento-parto y del cumplimiento de los requisitos legales de tal suerte que el papel de la EPS era el de velar por la debida destinación de los recursos, verificando de una parte el cumplimiento de los requisitos legales para acceder al reconocimiento y de otra actuar como intermediarias entre el usuario y la ADRES para la realización efectiva del pago de las prestaciones económicas, por lo que precisó que no encontraba asidero jurídico el no pago de la prestación reclamada, en esa medida ante la aceptación de las pretensiones por parte de CAFESALUD se ordenó absolver a MEDIMAS EPS, y toda vez que CAFESALUD EPS realizó la verificación de los requisitos y reconoció la licencia de maternidad en suma de \$3.361.776 la cual se encontraba ajustada a derecho, concluyó que correspondía a dicha EPS efectuar el pago de la licencia de maternidad en favor de la demandante.

VI. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

CAFESALUD EPS S.A. impugnó la referida decisión, mediante escrito en el que expuso que de conformidad con lo informado por el área de prestaciones económicas de su representada se reconoció y liquidó la licencia de maternidad a la ex afiliada SORANY MORA JIMENEZ , la cual se dispuso en la interfaz con la factura ILM 470015 por valor de \$3.361.776 y que de conformidad con la información reportada por el área financiera de la EPS dicha prestación se encontraba pendiente de pago, acto seguido, mencionó que mediante Resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS S.A, proceso que había iniciado el 5 de agosto de 2019, por lo que teniendo en cuenta que el pago de la acreencia se realizaría de conformidad con lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, solicitó se ordenara a la demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatorio radicado su acreencia.

VII. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de impugnación interpuesto por el apoderado de CAFESALUD EPS S.A., lo primero que debe señalarse es que se advierte que no se está presentando propiamente una impugnación, ya que no se busca exponer oposición o desacuerdo frente a la decisión adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud ni se solicita la revocatoria o modificación del fallo, pues lo que hace es informar los tramites adelantados y reiterar que CAFESALUD EPS, había reconocido y liquidado la licencia de maternidad de la demandante, indicar el valor de la prestación económica y que la misma se encontraba pendiente de pago, sin que le correspondiera a este fallador entrar a verificar el cumplimiento.

Así las cosas, y dado que no se encontró mérito para abordar el estudio del recurso presentando por cuanto se reitera en el mismo no se manifestó desacuerdo alguno contra la decisión y mucho menos solicitud de modificación o revocatoria, la sentencia impugnada será confirmada.

Finalmente, frente a la solicitud que realizó el apoderado de ordenar a la demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatorio que se adelanta ante CAFESALUD EPS S.A., debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en Sentencia C- 089 del 26 de septiembre de 2018, señaló que el procedimiento aplicable para la liquidación de las EPS e IPS, se encuentra contemplado en los Decretos Ley 663 de 1993, Decreto 2418 de 1999, y a la Ley 510 de 1999, aplicables en virtud de remisión expresa de los Decretos 1922 de 1994, Decreto 1015 de 2002, Decreto 3023 de 2002, Decreto 2555 de 2010, y demás normas que modifican y complementan el EOSF y a los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las EPS e IPS les eran aplicables las normas de procedimiento previstas a partir del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto Ley 633 de 1993-

modificado por la Ley 510 de 1999, Decreto 2555 de 2010 y demás normas que lo adicionen o complementen.

Así mismo, de la precitada sentencia C-089 de 2018, resultan relevantes los siguientes apartes en los que se explica cómo es el procedimiento para el reconocimiento de acreencias en la liquidación de las EPS e IPS:

“74. A tal efecto, en el proceso liquidatorio el pasivo a cargo de la institución en liquidación se determina de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010 que a partir de su artículo 9.1.3.2.1., normativa que prevé el emplazamiento de todas las personas jurídicas públicas o privadas que consideren tener derecho a formular reclamaciones de pago ante la intervenida, para lo cual deberán aportar prueba sumaria de los créditos.

75. El emplazamiento incluirá el término para presentar las reclamaciones en forma oportuna (lit. b. artículo 9.1.3.2.1. Decreto 2555 de 2010). De manera que con el emplazamiento se advierte que una vez vencido este término el liquidador no tendrá facultad de aceptar ninguna reclamación, y que las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, al igual que las obligaciones no reclamadas, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Asimismo, el edicto emplazatorio implica la obligatoria suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta naturaleza. El término para presentar reclamaciones en ningún caso podrá superar un mes, contado a partir de la fecha de publicación del último aviso emplazatorio.

76. Una vez vencido el plazo para presentar reclamaciones, se correrá traslado a los interesados por un término de cinco días hábiles, para que los interesados puedan objetar las reclamaciones presentadas (Artículo 9.1.3.2.3 Decreto 2555 de 2010). Culminada esta etapa, el liquidador determinará las sumas y bienes excluidos, y los créditos a cargo de la masa de liquidación de la entidad. Para ello, dentro de los treinta días hábiles siguientes al vencimiento del término para presentar reclamaciones, el liquidador resolverá las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las reglas generales del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables.

77. Dicha decisión es adoptada mediante acto administrativo motivado y notificada por edicto. Contra la resolución que determina las sumas y bienes excluidos de la masa patrimonial en liquidación, así como los créditos a cargo de esta, procede recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a la desfijación del edicto por el que se notificó la decisión. De los recursos presentados, se correrá el traslado correspondiente a la entidad durante los cinco días siguientes al vencimiento de término de presentación. Una vez notificadas las resoluciones que resuelven los recursos y ejecutoriada el acto mediante el cual se decidió sobre las sumas y bienes excluidos, y se determinaron los créditos a cargo de la masa de la institución financiera en liquidación, se procede a su cumplimiento de forma inmediata.

78. Significa lo anterior que en las normas que rigen el proceso liquidatorio se establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito insoluto, al igual que las condiciones bajo las cuales dicha obligación es reconocida y calificada para su pago.
(Subrayas y negrita fuera de texto)

A su turno el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, contempla las reglas para el pago de las obligaciones por procesos en curso, en los siguientes términos:

“Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

(...)”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el presente asunto la Superintendencia Nacional de Salud, en el fallo expedido en primera instancia determinó que CAFESALUD EPS S.A. hoy en liquidación debía proceder con el reconocimiento, liquidación y pago de la licencia de maternidad reclamada por SORANY MORA JIMENEZ y toda vez que del precedente y normatividad citada se desprende que el proceso liquidatorio es reglado y establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito, la demandante está habilitada para actuar de conformidad con las reglas precedentes, para que si a bien lo tiene, se haga parte en el proceso de liquidación y reclame el pago de la prestación que le fue reconocida por la Superintendencia Nacional de Salud en sentencia del

10 de febrero de 2020, y que se confirmará en esta providencia, sin posibilidad de incluir pronunciamiento alguno en razón a que la competencia de este tribunal está referida a las materias de la apelación.

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

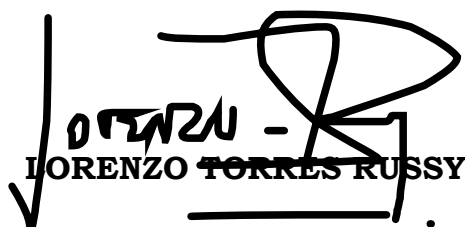
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 10 de febrero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.

Sumario Apelación Providencia
N° 2021 00256 01
Sandra Clemencia Jiménez Restrepo
CAFESALUD EPS S.A.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” contra COMPENSAR EPS S.A.

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00929 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” ACTIVOS, contra el fallo proferido el 23 de abril de 2018 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 31 de enero de 2020 (fl. 94) y remitido el expediente a esta Corporación el 15 de julio de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La DIAN pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas por valor de \$169.000, más los

intereses moratorios generados desde la fecha de pago de la incapacidad y hasta que se realizará el desembolso de las mismas.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que le fueron expedidas incapacidades a la funcionaria ELIANA ASTRID PAEZ SANCHEZ, por los periodos comprendidos entre el 11 al 13 de junio de 2013 y del 25 al 27 de junio de 2013, por parte de COMPENSAR EPS y que la DIAN mediante Resolución No. 3195 del 8 de julio de 2013, le reconoció licencia por enfermedad a la misma, razón por la cual el pago se había efectuado en el mes de agosto por 3 días como constaba en el comprobante de nómina que se aportaba, considerando que el pago de los 3 primeros días habían sido asumidos por la entidad.

III. RESPUESTA DE COMPENSAR EPS

La demandada sostuvo que las pretensiones carecían de fundamento legal y jurídico, dado que la petición de reconocimiento de la incapacidad generada entre el 11 y el 13 de junio era inexistente ya que ni siquiera se había allegado prueba de la misma y la generada del 25 al 27 de junio de 2013, era improcedente ya que de acuerdo con lo señalado en el artículo 128 de la Ley 1438 se encontraba prescrita y además porque el reconocimiento de las incapacidades inferiores a 3 días eran obligación del empleador. Propuso las excepciones de mérito que denominó improcedencia de la petición – conducta legítima por parte de COMPENSAR EPS – Obligación del empleador, prescripción de la petición de reconocimiento de las incapacidades de 2013 y las demás que la señora Superintendente encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, no accedió a las pretensiones planteadas, señalando que las incapacidades reclamadas por la DIAN obedecían a diagnósticos diferentes, así: incapacidad expedida por el periodo comprendido entre el 11 de junio de 2013 y el 13 de junio de 2013 (Faringoamigdalitis aguda) y por el periodo comprendido entre el 25 de junio de 2013 al 27 de junio de 2013 (Estatus Migrañoso), concluyendo que ambas incapacidades eran iniciales cada una por el término de 3 días. A continuación, se trajo a colación el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406, que establecía que serían a cargo del empleador las prestaciones correspondientes a los 3 primeros días de incapacidad por enfermedad general y la Resolución No. 2266 de 1998 expedida por el ISS frente al tema de prórroga e interrupción de incapacidades a efectos de evidenciar que la prórroga de la incapacidad era la expedida con posterioridad a la inicial por la misma enfermedad o lesión o por otra que tuviera relación directa con esta así se tratara de un código diferente siempre y cuando entre las mismas no hubiese una interrupción mayor a 30 días calendario, precisado lo anterior indicó que le correspondía al empleador “DIAN” asumir el pago de las incapacidades dado que las mismas no habían sido expedidas por la misma enfermedad o lesión ni tenían una relación directa, y que como la incapacidad era de 3 días debía aplicarse lo estipulado en la ley lo que conllevaba a desestimar la solicitud.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La DIAN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que mencionó que lo que se estaba solicitando era el cobro de los días de incapacidad superiores a los 2 iniciales que por ser una presunción legal de cargo del empleador eran llamados a prosperar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, las incapacidades estaban a cargo de las EPS o EOC previa verificación y cumplimiento de los requisitos y autorización de las mismas, debiéndose reconocer en un plazo no mayor a 5 días hábiles, así como que, se tenía un plazo de 15 días hábiles contados a partir de la presentación de la solicitud del

aportante para llevar a cabo la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones, de igual forma, indicó que de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2493 de 2013, los 2 primeros días de incapacidad estaban a cargo del empleador y a partir del tercero hasta el día 180 el pago debía hacerlo la EPS y atendiendo lo establecido en el artículo 227 del C.S.T. que señalaba que hasta el día 90 se reconocerían las 2/3 partes del salario y a partir del día 91 ya hasta el 180 se reconocería la mitad del salario, en razón de lo anterior, precisó que respecto de los periodos de incapacidad reclamados el día 11 y 12 de junio le correspondía asumirlo a la DIAN pero el día tercero es decir el 13 le correspondía a la EPS y así mismo para la incapacidad del 25 y 26 de junio, estando a cargo de la EPS el 27 de junio de 2013, teniendo en cuenta que existía identidad de beneficiaria y empleador común, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión y en su lugar se condenara a la EPS al pago de las incapacidades solicitadas.

Establecida de esta manera la inconformidad, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si COMPENSAR EPS S.A., debe reconocer y pagar a favor de DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” el reembolso de las incapacidades reclamadas por ésta.

Al respecto, en materia de reembolso del pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad, lo primero que debe tenerse en cuenta es que de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, el trámite para el reconocimiento de las mismas al trabajador debe ser adelantado por el empleador, pues se señala:

“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el empleador, deberá pagar la incapacidad y/o licencia al trabajador en los eventos que lo contempla la ley¹ y luego proceder con el recobro y/o reembolso ante el Sistema General de Seguridad Social, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo **2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016** (modificado artículo 3 del Decreto 1333 de 2018), en el que se señala:

“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. <Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas. (Subrayas y negrita fuera de texto).

PARÁGRAFO 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4o del Decreto-ley 1281 de 2002.

PARÁGRAFO 2. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.”

Así se tiene que, de conformidad con la normatividad citada a efectos de determinar la procedencia del reembolso que se solicita por el

¹ Por regla general sería respecto de las incapacidades expedidas hasta el día 180 de incapacidad, debiéndose tener en cuenta que son a cargo del empleador los 2 primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las EPS a partir del tercer día de incapacidad hasta el 180 (Ver Art. 3.2.1.10. del Decreto 780 de 2016 y Art. 142 Decreto 019 de 2012).

empleador, lo primero que debe realizarse es la verificación del pago efectuado por el empleador al trabajador y que se encuentre al día en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, de tal suerte que acreditado lo anterior, resultaría viable el reconocimiento de la incapacidad y/o licencia.

Así, entonces procede la sala a revisar, los documentos obrantes en el expediente advirtiendo que obra a folio 6 del expediente planilla de autoliquidación de aportes expedida por pago simple de la afiliada ELIANA ASTRID PAEZ SANCHEZ, por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2013 y el 31 de julio de 2013 y certificado de aportes de la mencionada afiliada expedido por COMPENSAR, visible a folio 55 y ss, sin que se advierta mora o retraso alguno.

También reposa comprobante de nómina por el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2013 y el 31 de agosto de 2013, en el que se registra licencia enfermedad bajo la cantidad “5” y Resolución No. 3195 del 8 de julio de 2013, en la cual en su artículo primero se dispuso *“Conceder tres (03) días de permiso por enfermedad a PAEZ SANCHEZ ELIANA ASTRID, identificada con cédula de ciudadanía No. 52268736, empleada temporal ANALISTA III CODIGO 203 GRADO 03, ubicada en el PUNTO DE CONTACTO CALLE 26 de la DIVISIÓN DE GESTIÓN DE ASISTENCIA AL CLIENTE de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a partir del día 25 y hasta el 27 de junio de 2013, de acuerdo con el certificado de incapacidad con número 10587464 de fecha 25 de junio de 2013, expedido por la EPS COMPENSAR”*.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que aunque se allegó el comprobante de nómina del mes de agosto de 2013, las incapacidades se expidieron en junio de 2013, de tal suerte que debieron haberse cancelado en el mismo mes de junio de 2013 o inclusive hasta en la nómina de julio de 2013, como se inferiría de la incapacidad expedida por el periodo comprendido entre el 25 de junio y el 27 de junio de 2013 atendiendo a lo dispuesto en la Resolución mencionada, máxime cuando en su artículo tercero señalaba que la misma regía a partir de la fecha de su expedición,

de manera que no coincide el mes en que se generó el periodo de incapacidad reclamado (junio 2013) con el que se registró el pago de licencia de enfermedad (agosto 2013), sin que tampoco coincidan los días de incapacidad (6) con la cantidad reconocida en el comprobante de nómina (5), echándose de menos el listado de incapacidades expedidas a la señora ELIANA ASTRID PAEZ durante el año 2013, del que se pudiera colegir que en efecto no le fueron expedidas otras incapacidades durante el mes de agosto de 2013, que pudieran obedecer a las pagadas durante dicho periodo, de manera que no se encuentra acreditado que el empleador hubiese realizado el pago de las incapacidades cuyo reembolso se solicita, siendo oportuno mencionar que de acuerdo con lo señalado en el artículo 167 del Código General del Proceso, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

Por lo tanto y de conformidad con lo anotado en líneas anteriores, en el presente asunto no posible proceder con el reembolso de las incapacidades reclamadas, precisándose que si bien se procederá a confirmar la decisión de la Autoridad Administrativa ello se realizará teniendo en cuenta las razones expuestas en precedencia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, de fecha 23 de abril de 2018, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

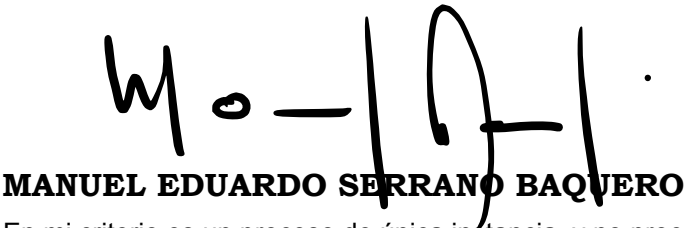
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLORIA ESTELLA RODRIGUEZ ORTIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 022 2017 00543 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por los apoderados de la demandante y de Colpensiones.

Colpensiones, solicitó que se mantuviera el fallo de primera instancia y en consecuencia se absolviera su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, indicó que si bien se había

solicitado la reliquidación de la pensión de vejez en aplicación de lo dispuesto en el decreto 758 de 1990 y en consideración del artículo 36 de la ley 100 de 1993 a partir del 3 de febrero de 2016, precisó que no podría concederse el reconocimiento solicitado teniendo en cuenta que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, en razón a que de acuerdo con las norma antes señaladas y una vez revisados los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición la demandante perdió el derecho a dicho beneficio por haberse encontrado afiliada a una AFP privada y retornado al régimen de prima media administrado por Colpensiones a partir del 1° de junio de 2010; de tal suerte que los afiliados que se trasladaron acogiendo a la sentencia C- 1024 del 24 de octubre de 2004, que comprende el periodo entre el 20 de octubre de 2004 y el 2 de febrero de 2010 día anterior a la fecha de la sentencia SU 062 de 2010, no requerían del cálculo de rentabilidad para recuperar el régimen de transición, debido a que este era una exigencia previa para perfeccionar el traslado de manera que si se registraba un traslado válido por sentencia C-1024-2004, se entendía recuperado el régimen de transición siempre y cuando se acreditarán 15 años de servicio de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, indicando que para el caso concreto que al 1° de abril de 1994 la señora Gloria Estela Rodríguez acreditaba 779 semanas de cotización, recuperando así el régimen de transición y que respecto al segundo requisito referente a la edad, se tenía que la demandante nació el 3 de febrero de 1961, por lo que cumplió los 55 años de edad para pensión prevista en el decreto 758 de 1990, el 3 de febrero de 2016, esto es con posterioridad al límite temporal otorgado por el acto legislativo 01 de 2005, el cual entró en vigencia el 25 de julio de 2005 y señaló que el régimen de transición no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010 excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además tuvieran cotizada 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, para los cuales se mantendría hasta el año 2014, concluyendo que no se podía dar aplicación al régimen de transición cómo se solicitaba por la demandante y tampoco era procedente realizar reliquidación alguna a los derechos ya reconocidos a la demandante y que

para la aplicación del régimen solicitado no se acreditaba el cumplimiento de los requisitos exigidos en la norma.

Por su parte, el apoderado de la actora solicitó revocar en su integridad el fallo proferido, teniendo en cuenta que la demandante había nacido el 3 de febrero de 1961 y se había afiliado al sistema de seguridad social en pensiones con el Instituto de Seguros Sociales el día primero de marzo de 1979, cotizando a través de diversos empleadores hasta el 31 de diciembre de 2014, recaudando 1676 semanas cotizadas, de las cuales 787 cotizó válidamente antes del 1° de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia del actual sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que el régimen de transición de qué trataba el artículo 36 de la ley 100 de 1993 constituía para ésta un derecho adquirido, en la medida en que se cumplía con lo dispuesto en el inciso segundo del mencionado artículo, concluyendo de esta manera que la demandante se encontraba dentro del régimen de transición y la normatividad aplicable era el Acuerdo 049 de 1990, de tal suerte que al haber cumplido más de 1000 semanas de cotización antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la señora Gloria Estella Rodríguez tenía una expectativa de derecho o derecho eventual y por ende se debía aplicar la condición más beneficiosa.

Igualmente, refirió que el acto legislativo no era aplicable a su representada teniendo en cuenta que al 1° de abril de 1994 está había cotizado 787 semanas, es decir, que contaba con más de 15 años de cotización lo cual le hacía conservar el régimen de transición en cualquier tiempo en tanto constituía un derecho adquirido, significando ello que al pensionarse bajo los parámetros de la normatividad anterior era una prerrogativa que ni un acto legislativo con su fuerza constitucional podía desconocer, razón por la cual en este caso se debería inaplicar el referido acto legislativo y en su defecto ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez deprecada por ser la reclamante beneficiaria del régimen de transición, conforme lo había manifestado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con ponencia del magistrado Jorge Mauricio

Burgos Ruiz a través de la sentencia número 42555 del 26 de junio de 2012 y la corte constitucional en sentencias T - 534 de 2001, T - 235 de 2002, T - 169 2003, C - 754 de 2004, C - 789 de 2002, C -1024 2004, T - 324 de 2010, SU - 062 de 2010 y SU - 130 de 2013, por medio de las cuales se hacía referencia al respeto y la aplicación del régimen de transición de qué trataba el artículo 36 de la ley 100 de 1993, asimismo, mencionó la sentencia No. 265 del 21 de octubre de 2016, proferida por la sala primera de decisión laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali dentro del proceso ordinario No. 2014 - 654, oportunidad en la que se señaló que la sala inaplicó el acto legislativo 01 de 2005, teniendo como fundamento el respeto a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales el derecho a la pensión y la protección de los derechos adquiridos y al régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en aplicación el artículo 58 de la constitución nacional.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se inaplicara el parágrafo transitorio N° 4 del Acto Legislativo 01 del 22 de Julio de 2005 y en esa medida se declarara que era beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia se condenara a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle pensión de vejez a partir del 3 de Febrero de 2016, junto con los aumentos legales causados año tras año, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990, a incluirla en nómina de pensionados a partir de la fecha señalada y a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993

En sustento de sus pretensiones señaló que nació el 3 de Febrero de 1961, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del Régimen de Prima Media para acceder a la Pensión de Vejez, el mismo día y mes del año 2016, que cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones un

total de 1.676 semanas, desde su afiliación el 1 de Marzo de 1979 hasta el 31 de Diciembre de 2014, de las cuales 787 las había cotizado válidamente antes del 1 de Abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del actual Sistema General de pensiones, que era Beneficiaria del Régimen de Transición de que trata el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al tener más de 15 años de cotización al 1° de Abril de 1994 y que el 22 de mayo de 2017 radicó en las oficinas de COLPENSIONES los documentos necesarios para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, no obstante, le fue negada por la demandada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, manifestó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones, en sustento trajo a colación el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo transitorio No. 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, indicando que si bien que la demandante inicialmente era beneficiaria del régimen de transición al 1° de abril de 1994 , dado que contaba con más de 15 años de servicios cotizados al sistema de pensiones, también lo era que no adquirió el estatus de pensionada antes del 31 de julio de 2010, razón por la cual debía acreditar los requisitos establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, para que el mencionado régimen se le prorrogara hasta el 31 de diciembre de 2014, frente a lo cual se tenía que la accionante si acreditó las 750 o más semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, pero no cumplió con la edad requerida para ser beneficiaria del régimen de transición al 31 de diciembre de 2014, fecha que se dio como plazo máximo para la aplicación de dicho régimen, toda vez que la demandante nació el 03 de febrero de 1961, por lo que para el 31 de diciembre de 2014 la actora contaba con 53 años y 10 meses de edad.

Adicionalmente, se señaló que en caso de poderse pensionar a la actora la ley aplicable sería el artículo 33 de la ley 100 modificado por el artículo 9 de la 797 del 2003, y que en caso de asistir derecho a la actora al reconocimiento de la pensión de vejez se debía tener en cuenta que la fecha en la cual la demandante adquiriría el estatus de pensionada era el

03 de febrero de 2018 fecha en la cual cumplía los 57 años de edad y no el 03 el febrero de 2016 fecha en la cual solicitó que se le reconociera la pensión de vejez.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante GLORIA STELLA RODRIGUEZ ORTIZ.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Inclúyase en la liquidación de costas, la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente, valor en que se estiman las agencias en derecho.

TERCERO: CONSULTAR la sentencia con el superior en caso de no ser apelada.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que frente a la inaplicación del parágrafo cuarto del Acto legislativo 01 de 2005, resultaba necesario tener en cuenta que la Constitución Política de Colombia en su artículo 4 estableció que la misma era norma de normas, por lo que en caso de existir una norma que contrariara sus preceptos constitucionales debía omitirse su aplicación, aparte que era objeto de la figura conocida como excepción de inconstitucionalidad, la cual también contemplaba un deber en tanto las autoridades no podían dejar de hacer uso de ella en los eventos en que se advertía una clara contradicción entre la disposición aplicable en un caso concreto y las normas constitucionales (CC SU 132 de 2013), la cual se aplicaba con el fin de proteger, en un caso concreto los derechos fundamentales que posiblemente se pudieran ver transgredidos por la aplicación de una norma de inferior categoría a la Constitución Política.

Igualmente, indicó que el acto legislativo 01 de 2005, reformó el artículo 48 de la Carta Política, por lo que, al tratarse de un acto reformatorio de dicha disposición en el marco de las facultades que traía consigo el artículo 375 de la norma constitucional, confirió al legislador la facultad de reformarla y en consecuencia adquirió el estatus de normas supra legal, cuyo control de constitucionalidad estaba establecido a la luz del artículo 248 como competencia única y exclusiva de la Corte Constitucional y sobre el particular debería limitarse a lo prescrito por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación laboral dentro de la sentencia SL 2943 de 2020, de lo que resultaba evidente la imposibilidad de inaplicar las normas que se acusaban por cuanto se carecía de competencia para resolver conflictos de constitucionalidad de una norma supra legal y porque la corporación judicial competente para ello que era la Corte Constitucional, ya había realizado el estudio de la Constitucionalidad del acto legislativo tal y como se colegía del contenido de la sentencia C – 178 de 2007 en la que se aceptó la sustitución del texto de la Carta Política y se convalidó la validez del acto cuestionado.

Acto seguido, se indicó que se procedió a revisar si se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que contemplaba el régimen de transición, el cual permitía pensionarse a la luz de la legislación anterior, señalándose que la demandante para el 1° de abril de 1994, aunque contaba con 33 años al contarse la densidad de las semanas cotizadas al sistema se advirtió que para dicha fecha contaba con 786,86 semanas cotizadas, quedando superado el tiempo de servicio exigido en la norma, no obstante, debía remitirse a lo preceptuado por el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, precisando que de acuerdo con éste el régimen de transición no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010 y quien estuvieran expectativas pensionales debían acreditar tanto la edad como el tiempo de cotización a dicha data, excepto aquellos a quienes para la entrada en vigencia del acto legislativo tuviesen más de 750 semanas o su equivalente en tiempo al 22 de julio del dos mil cinco, a quienes el régimen de transición se les extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, de acuerdo con esto, al verificar la historia laboral allegada se determinó que la demandante contaba con

total de 1237,29 semanas cotizadas al 22 de julio de 2005, por lo que, en consecuencia, el Régimen de Transición inicialmente le había sido extendido hasta el 31 de diciembre del dos mil catorce, sin embargo, como no se logró cumplir el requisito de la edad ordenada en el acuerdo 049 de 1990 antes del 31 de diciembre de 2014, ya que se arribó a los 55 años el 3 de febrero de 2016, lo cual aunado a que a la demandante ya le estaba siendo pagada la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, mediante Resolución No. 61474 del 03 de marzo de 2018, en cuantía inicial de \$6.211.872, generó que no salieran avantes las pretensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia, en la medida en que existía un precedente en el que se inaplicaba el Acto Legislativo 01 de 2005, correspondiente a la sentencia expedida el 30 de octubre de 2020 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala laboral dentro del expediente 242017151 siendo ponente el magistrado Luis Alfredo Barón Corredor en donde un caso similar al caso objeto de estudio se inaplicó el acto legislativo 01 de 2005, concediéndose la prestación económica a una persona que estaba disfrutando la pensión del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, la cual se concedió atendiendo lo normado en los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, para el efecto trajo a colación apartes de la sentencia mencionada.

Atendiendo el precedente citado y lo expuesto en los alegatos de instancia, solicitó la inaplicación del acto legislativo 01 de 2005, considerando la condición más beneficiosa habida cuenta que al momento en que entró a regir el acto legislativo 01 de 2005 como lo había advertido el a quo en la sentencia la demandante contaba con más de 1250 semanas de cotización, por lo que al tener el requisito de las semanas, solo se estaba a la espera del cumplimiento de la edad

para que pudiera disfrutar de su derecho pensional, razón por la cual, solicitó salieran avante las pretensiones de la demanda en la medida en que la demandante al momento de solicitar su prestación económica contaba con más de 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, lo cual le permitía conservar el Régimen de Transición y que se pudiera pensionar bajo el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, precisando que aunque su representada estaba disfrutando de la pensión de vejez dicha prestación se reconoció al partir del 3 de febrero del año 2018, es decir, a partir del momento en que la misma cumplió los 57 años de edad y con una tasa de reemplazo del 70.35%, y lo que se pretendía en la demandante era que la prestación se reconociera a partir del 03 de febrero del año 2016, fecha en que cumplió los 55 años de edad, lo cual daba lugar a un retroactivo pues se reliquidaría la pensión con una tasa de reemplazo del 90%.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad de la reliquidación de la pensión de vejez otorgada a la Señora GLORIA STELLA RODRIGUEZ ORTIZ, atendiendo lo señalado en los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Al respecto, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) la demandante GLORIA STELLA RODRIGUEZ ORTIZ, nació el 3 de febrero de 1961 y era beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 1° de abril de 1994, contaba con 786 semanas cotizadas, es decir, con la densidad de suficientes requeridas por la norma; ii) durante toda la vida laboral la demandante acreditó un total de 1675 semanas, de las cuales 1.237 anteceden al 25 de julio de 2005, por lo que para la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 la actora tenía más de las 750 semanas requeridas para preservar el beneficio del régimen de transición hasta el 2014; iii) la actora cumplió la edad de 55

años el 3 de febrero de 2016, esto es, después de haber fenecido el régimen de transición que le había sido extendido hasta el 2014 en atención a lo dispuesto en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005 y iv) a la demandante se le reconoció pensión de vejez por parte de Colpensiones¹, con fundamento en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 3 de febrero de 2018 en cuantía inicial de \$6.211.872.

La discusión se centra en establecer si es viable la inaplicación del acto legislativo 01 de 2005, atendiendo la condición más beneficiosa como quiera que refiere el recurrente que cuando entró a regir el mencionado acto legislativo la demandante contaba con mas de 1250 semanas cotizadas y solo se estaba a la espera del cumplimiento de la edad, por lo que tenia derecho a conservar el mismo en cualquier tiempo.

Sobre el particular, lo primero que resulta relevante precisar es que acuerdo con lo señalado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, entre ellos, la Sentencia de radicación n° 40662 del 15 de febrero de 2011, expedida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, la condición más beneficiosa opera en el tránsito legislativo en materia pensional en donde se advierta que la nueva ley contempla unos requisitos más gravosos que el anterior y ante la ausencia de un régimen de transición, situación que no es la que se presenta en este caso.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que para aplicar el régimen de transición se deben cumplir a cabalidad los requisitos en vigencia del mismo, ya que la noción de derecho adquirido se predica respecto de la pensión de vejez pero no del régimen de transición. Para el caso la actora cuenta que los 55 años de edad los cumplió el 3 de febrero de 2016, data para la cual ya había expirado el régimen de transición en atención a lo dispuesto en el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005.

¹ Resolución No. 61474 del 03 de marzo de 2018 *“POR LA CUAL SE RESUELVE UN TRÁMITE DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (VEJEZ – ORDINARIA)”* ver fl. 107 del expediente.

Al respecto conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en pronunciamiento realizado en la sentencia No. SL4285-2018 radicación No. 79487, en donde se indicó:

“En este orden, la controversia que propone el recurrente, se contrae dilucidar si el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100/93, es un derecho adquirido como él lo sostiene, frente a lo que cabe recordar, que esta Sala en múltiples oportunidades ha puntualizado, que se entiende que « hay un derecho adquirido cuando una persona ha satisfecho la totalidad de los requisitos que establece la ley, es decir, es aquél que ha entrado en el patrimonio de aquella», tal y como se sostuvo en las sentencias CSJ SL4650-2017 y SL7781-2017, lo que trasladado al caso de la pensión de vejez, se traduce en tener cumplidas las dos exigencias para alcanzar ese derecho, como son edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas, acorde con lo que la ley que gobierne el asunto, establezca para el caso en particular.

En ese horizonte, debe indicarse, que si bien el actor en principio acredita los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, previstos tanto en el artículo 36 de la Ley 100/93, como el consagrado en el Acto Legislativo n.º 01 de 2005, lo cual no es objeto de controversia, resulta relevante tenerse en cuenta que esta última disposición modificó los alcances de esa prerrogativa transicional, estableciendo unos límites temporales al mismo.

En efecto, dicho Acto Legislativo, dispuso que la vigencia del régimen de transición previsto en el precepto 36 de la Ley 100/93, iría hasta el 31 de julio de 2010; pero de igual forma, previó la posibilidad de que quienes a la fecha en que entró a regir – 25 de julio de 2005-, tuviesen 750 semanas cotizadas o un tiempo de servicios equivalente, se les extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014, cuyo objetivo era amparar aquellos afiliados que tenían expectativas próximas para alcanzar el derecho a la pensión de vejez.

Conforme a lo anterior, el hecho de poner un límite temporal al régimen de transición, que como su nombre lo indica, es transitorio, en manera alguna puede constituir una transgresión de derechos de los afiliados a alcanzar la pensión por vejez, dado que no fue una modificación intempestiva, sino que por el contrario, dio la oportunidad a aquellos asegurados que tenía la expectativa legítima de pensionarse en el periodo que consagró, y de acuerdo a las reglas que allí fijó, de conservar los beneficios que las normas anteriores al referido Acto Legislativo les otorgaban para acceder a esa prestación.

En punto del debate, se pronunció recientemente la Sala en la sentencia CSJ SL2109-2018, en donde reiteró la SL7040-2017, asentando:

(...)

Salta de bulto que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 perdió su vigencia el 31 de julio de 2010. Esa fue la regla general constitucional, respecto de la cual en ningún yerro de aplicación o interpretación incurrió el Tribunal, dado que de ella nada distinto es posible concluir, pues su tenor literal no deja asomo de duda sobre su contenido.

Y la sub regla prevista como excepción a la disposición de fenecimiento del régimen de transición al 31 de julio de 2010, es una y solo una: que de la fatal fecha se exceptúan quienes al 25 de julio de 2005 –fecha de publicación de la disposición en el diario oficial– contaren con 750 semanas de cotización, pues a ellos se les extenderá el régimen de transición hasta el año 2014 –31 de diciembre, entiende la jurisprudencia–, de manera que si alguno de los requisitos les faltare por cumplir, ese será el plazo con el que contarán para obtener el derecho pensional. (Negrillas y subrayado fuera de texto original).

(...)

La expectativa legítima pensional que debe entenderse protegió el legislador es la recogida en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, frente a la cual, sin lugar a dudas, por el mero hecho de contarse con una determinada edad se podía durante su vigencia alcanzar el derecho pensional; pero el citado Acto Legislativo fue el que dio precisión al término de vigencia del régimen de transición, dejando claro que éste fenecía el 31 de julio de 2010. Sin embargo, habilitó la fecha del 31 de julio de 2014 como término último de adquisición del derecho, pero para quienes frente a este nuevo plazo contaban al momento de su vigencia --25 de julio de 2005-- con 750 semanas de cotización.

(...)

Ahora bien, no debe olvidarse, que el Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CN, elevó a rango constitucional la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, buscando con ello garantizar a los administrados el derecho de alcanzar una pensión, dando así prevalencia al interés general, cuyo objetivo no es otro que prever que los regímenes pensionales sean financieramente sostenibles, a fin evitar un colapso económico de los mismos, y en esa medida, surge coherente la eliminación del régimen de transición y que no se mantuviera de manera indefinida.

Sobre la sostenibilidad del sistema, la Sala en Sentencia CSJ SL, 2 may. , rad. 41695, precisó: «El llamado principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social fue instaurado por el Acto Legislativo número 1 de 2005, al ordenar que “Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas” (el subrayado no hace parte del texto original). Es evidente que, más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas. Dicho con otras palabras, la Constitución prohíbe al Congreso establecer sistemas de pensiones financieramente insostenibles. Esta obligación para el órgano legislativo opera a partir de la vigencia del citado Acto Legislativo, o sea, a partir del 29 de julio de 2005».

Bajo este derrotero, resulta entonces de vital importancia el principio de la sostenibilidad del sistema pensional, y el interés general que este protege, el que en últimas debe prevalecer, sin que ello signifique desconocer el mandato de progresividad; no obstante, el mismo no es absoluto, por cuanto no puede responder a un beneficio individual sino a una colectividad, como se aseveró por esta Sala de la Corte en la sentencia CSJ SL, 23 sep. 2008, rad. 35229, en la que puntualizó:

Por último, a fin de dar respuesta a la oposición en lo referente a la progresividad, se ha de recordar lo anotado en la sentencia de rad. N° 32765 ya citada, donde enseñó la Corte:

“... no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema. (Negrillas fuera de texto original).

“El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

“Según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3°

del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que “3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada”.

En esa medida, el Acto Legislativo, no se advierte regresivo, como tampoco que transgreda convenios internacionales, pues se itera, el cambio normativo fue mediato, dándose un lapso de tiempo a los afiliados, a fin de protegerles el principio de confianza legítima y salvaguardar sus expectativas, previendo un régimen de transición para los afiliados que cumplieran el 75% de la densidad de cotizaciones o de tiempo de servicio, pero que en todo caso tenía como hito final el 31 de diciembre de 2014, y como para esa calenda el actor no tenía consolidado su derecho pensional, como ya se ha dicho, no se le vulneraron derechos ni principios constitucionales.

Cabe traer a colación aquí, lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia C-789 de 2002, en la que asentó:

Con todo, la Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho. (Negritillas fuera de texto original).

Aun así, esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.”

De conformidad con la sentencia citada, se tiene que el hecho imponer un límite en el tiempo para la aplicación del régimen de transición no acarrea la vulneración de los derechos de los afiliados al régimen de prima media con prestación definida en tanto que la limitación establecida en el párrafo transitorio no impedía a los afiliados alcanzar la pensión de vejez, ya que la modificación no fue intempestiva, sorpresiva ni arbitraria, sino que procuró que todos aquellos que tuvieran una expectativa legítima de pensionarse por vejez pudieran hacerlo, asimismo, se tiene que la aplicación del párrafo 4 transitorio no desconoce el principio de progresividad en la medida en que por su intermedio se elevó a rango constitucional el principio de sostenibilidad financiera en salvaguarda del interés general, en virtud del cual el régimen de transición se limitó hasta el 2010 y por excepción se extendió hasta el 2014, dado que este no tenía el carácter absoluto, sino que su aplicabilidad dependía del interés general o colectivo que prevalecía sobre el individual.

Así las cosas y aunque el demandante trae a colación una sentencia que refiere fue expedida el 20 de octubre de 2020, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la que se indica que fue acogida la pretensión por dicho juzgador, este fallador acoge el precedente del órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral correspondiente a la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, máxime cuando se advierte que la inaplicación que se solicita es de una norma supra legal “Constitución Política de Colombia” la cual en su artículo 4 dispone *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”* y frente al tema la Corte Suprema de Justicia ha decantado que la disposición contenida en el parágrafo transitorio No. 4 no vulnera los derechos de los afiliados ni atenta contra el principio de progresividad, en la medida en que el régimen de transición no es absoluto y depende del interés colectivo, y que *“(...) no está en el marco de sus competencias examinar la sujeción a la normativa superior del acto en comento y proceder a inaplicarlo, máxime cuando el órgano jurisdiccional encargado de ese cometido, conforme la estructura de la Rama Judicial en Colombia, ya lo hizo en la sentencia CC C-178-2007 (...)”*, tal y como se señaló en Sentencia SL2943-2020, radicación 80621.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por el Juez de primer grado se procederá a confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR LEONARDO
DE JESUS ALVAREZ GARCES contra CAFESALUD EPS**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00908 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por CAFESALUD EPS S.A., contra el fallo proferido el 17 de julio de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020 (fl. 75) y remitido el expediente a esta Corporación el 22 de julio de 2021.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El demandante pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento económico de la suma de \$9.656.500 por concepto de gastos en los que debió incurrir para la atención de urgencias.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

La parte actora manifestó que el 1° de diciembre de 2016 sufrió un impase de salud respecto del cual fue atendido por personal de CAFESALUD EPS, en donde el médico al que lo remitió el doctor Alejandro Buelvas le diagnóstico desprendimiento de retina ojo derecho, siendo remitido a valoración prioritaria por servicio de retina y vítreo, a continuación, el 5 de diciembre de 2016, fue atendido por el doctor Diego A Rochi, quién le diagnóstico desprendimiento de retina ojo derecho lesiones predisponentes de ojo izquierdo tratamiento cirugía urgente y ordenó la realización de varios exámenes, posteriormente, fue personalmente a solicitar la cita para el anestesiólogo dejó los documentos y le informaron que lo llamarían pero como nunca se comunicaron volvió personalmente y se le asignó cita para el 22 de diciembre a las 4:20 pm, sin embargo tres horas antes de la cita se comunicaron de CAFESALUD indicándole que la cita había sido cancelada sin argumento alguno y sin reprogramar la misma quedando suspendido el servicio sin ninguna explicación, además, señaló que la referida EPS nunca le entregó orden médica de la cirugía ya que le indicaron que no había necesidad de dicho documento y que solo le entregaron un papel diligenciado mano alzada donde se decía cita por anestesia hora 4:20, aunado a lo anterior, indicó que nunca recibió el tratamiento médico ni fue atendido por el anestesiólogo y mucho menos le fue realizada la cirugía que necesitaba, no obstante, como el médico tratante le había explicado la urgencia de esa cirugía ante la posibilidad de la pérdida de la visión recurrió de manera particular a realizarse dicha intervención médica a efectos de evitar un daño irreparable precisando que la intervención le fue realizada en la Clínica Clofan ciudad del Río con el profesional de la salud Mauricio Arango, la cual tuvo un valor de \$9.346.500 además de las consultas y citas y seguimiento por valor de \$310.000.

III. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS

La demandada sostuvo que el demandante presentó solicitud de reembolso por valor de \$9.656.500 por concepto de procedimiento quirúrgico, citas y consultas médicas en las que incurrió debido a su diagnóstico médico pero que no cumplía con los requisitos suficientes para su aprobación. Propuso las excepciones de mérito de Ausencia del cumplimiento de los requisitos legales que impiden efectuar el reembolso y la genérica.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, señalando que el cuadro clínico presentado por el señor Leonardo de Jesús Álvarez, constituía una urgencia oftalmológica toda vez que se trataba de un desprendimiento de retina del ojo derecho que de no tratarse inmediatamente produciría deterioro significativo o pérdida irreversible de la visión en ese ojo, es decir que podría quedar con ceguera total ya que el mismo no contaba con el otro ojo, en consecuencia resultaba incuestionable que el demandante se encontraba en una situación de urgencia médica tratándose de una alteración de la integridad física que exigía la atención médica inmediata e impostergable a efectos de evitar mayores complicaciones en su salud, máxime que el desprendimiento de retina debía ser reparado de manera inmediata para evitar la pérdida de la visión, asimismo, se refirió que no era necesario que la IPS particular tuviera que solicitar autorización o permiso a la EPS a la cual se encontraba afiliado el paciente ya que todas las IPS que prestaban servicios de salud estaban en la obligación de atender a la población que acudiera ante una alteración de la integridad física o mental proporcionando una atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez o muerte, por lo que no había razón válida para que la EPS hubiese retardado o dilatado injustificadamente la autorización, programación y práctica del procedimiento quirúrgico requerido de manera urgente por el paciente, hecho que sin duda constituía una mala prestación del servicio advirtiéndose así una inoportunidad en la atención de la urgencia así como también la

negligencia de cafesalud para garantizar la inmediatez en la atención que dicho diagnóstico requería siendo de su conocimiento que dicha demora podría generar que se empeorará su pronóstico y complicaciones en salud.

También, se precisó que no podía olvidarse que las entidades promotoras de salud eran responsables de las actividades propias de su objeto social de acuerdo con la naturaleza del servicio y el compromiso para con sus afiliados y que la afiliación tenía como efecto la prestación de un servicio de salud eficiente y de calidad implicando para la entidad de seguridad social y los afiliados derechos y obligaciones recíprocas como por ejemplo para la EPS garantizar el acceso al servicio de salud en condiciones de eficiencia y eficacia y para los afiliados cumplir con el pago de sus cotizaciones, de manera que su objeto social no podía apreciarse desde la perspectiva de simple intermediario sino desde la naturaleza de su servicio y compromiso para con sus afiliados, debiéndose tomar como punto de partida lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 de la Ley 100 de 1993 y en esa medida se constituían los presupuestos contemplados en el artículo 41 de la ley 1122 de 2007, por lo tanto se ordenó el reembolso de los gastos que resultaron acreditados por valor de \$9.656.500 .

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

CAFESALUD EPS, impugnó la decisión, mediante escrito en el que solicitó la revocatoria de la sentencia, teniendo en cuenta que de conformidad con lo regulado en el artículo 41 de la ley 1122 de 2007, para que procediera el pago de un reembolso médico se debían presentar los presupuestos señalados en dicha norma y qué tal y como se había indicado en la contestación de la demanda no existía incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia por parte de la EPS pues aunque el usuario indicó que la EPS no le prestó los servicios y que le cancelaron el procedimiento requerido el mismo día en que se debía llevar a cabo, en caso de que así hubiera sido quién canceló el procedimiento fue la IPS y no CAFESALUD EPS, por lo que no se logró

evidenciar que el ex afiliado se hubiera acercado a la EPS a informar dicha actuación para que de esta manera la EPS tuviera la oportunidad de asignarle otra IPS, que le pudiera prestar el servicio ya que si bien era cierto que la EPS debía garantizar la afiliación y contar con una red suficiente en la cual a los usuarios se les pudiera prestar el servicio de salud también era cierto que el usuario debía comunicar a la EPS su situación para darle la oportunidad de buscar una IPS dentro de su red de prestadores de servicios, actuación que no se dio sino que por el contrario decidió cancelar el procedimiento de manera particular por lo que la solicitud no cumplía con uno de los presupuestos de la resolución 5261 dado que no probó la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia en la prestación del servicio de salud por parte de la EPS, adicionalmente, señaló que CAFESALUD EPS no se encontraba obligada a reconocer el pago de aquellos reembolsos por concepto de servicios que no fueran autorizados ni suministrados por sus prestadores, lo cual resultaba lógico en la medida en que la EPS tenía contratada una red de prestadores que garantizaba el suministro y la prestación de los diferentes servicios de salud requeridos para el tratamiento de la patología del afiliado de manera que cuando el usuario no hacía uso de los servicios ofrecidos por la IPS y en su lugar decidía acudir a una institución o un médico particular los costos generados para atender dicha atención debían ser asumidos con su propio pecunio.

También, mencionó que mediante Resolución No. 007172 del 22 de julio de 2019, se ordenó la liquidación de CAFESALUD EPS S.A, proceso que había iniciado el 5 de agosto de 2019, por lo que teniendo en cuenta que el pago de la acreencia se realizaría de conformidad con lo establecido en el Decreto 2555 de 2010, los artículos 20 y 70 de la Ley 1116 de 2006 y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, solicitó que en el evento e que no se revocara la sentencia se ordenara al demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatario radicado su acreencia.

Establecida de esta manera la inconformidad, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si CAFESALUD EPS S.A., debe reembolsar a favor del Señor Leonardo de Jesús Álvarez Garcés los gastos médicos en los que éste incurrió con ocasión del procedimiento quirúrgico y consultas medicas derivadas del diagnostico tratado.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) el demandante acudió a cita médica el 1° de diciembre de 2016 por presentar visión borrosa y ojo rojo siendo diagnosticado con desprendimiento de retina en ojo derecho y remitido a valoración prioritaria por el servicio de vitreo y retina (fl. 10 y 11); ii) En consulta del 5 de diciembre de 2016, la impresión diagnóstica fue *“desprendimiento de retina OD. Lesiones predisponentes OI.”*, y el tratamiento y recomendación *“CIRUGÍA URGENTE!!! FACO LIO VITRECTOMIA ENDOLASER TAPONAMIENTO INTERNO OD (CIRUGIA DE PROGRAMACIÓN LO ANTES POSIBLE). TIEMPO DE CIRUGIA: 3 HORAS. FOTOCOAGULACIÓN LASER ARGON OI PRIORITARIA (PROGRAMAR LO ANTES POSIBLE)”* (fl. 8 y 9); iii) el 15 de diciembre de 2016, se le realizó valoración por parte del cirujano oftalmólogo de vitreo y segmento anterior, señalando en el dibujo *“Fotocoagulación OI” “350 disparos 110 – 140 mw poder – no complicaciones” “plan: pendiente cirugía urgente O.D.”*; iv) se le asignó cita de preanestesia el 22 de diciembre de 2016; v) el 23 de diciembre de 2016, le fue practicada cirugía faco+lio+vitrectomia posterior +endolaser ojo derecho realizada mediante consulta particular por el Oftalmólogo – Retinólogo Mauricio Arango en la clínica oftalmológica Antioquia S.A. (fl. 24, 25, 29, 30 e historia clínica allegada por la Clínico Clofan obrante en el CD que reposa en el plenario) y vii) los gastos médicos por concepto del procedimiento quirúrgico y consultas

particulares ascendían que sufragó el demandante ascendían a \$9.656.500.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución N° 5261 de 1994 *“Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud”*, el reconocimiento de reembolsos por gastos de servicios de salud procede en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. **En los eventos de** incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o **negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** (Subrayas fuera de texto)

Así mismo, se tiene que para el reconocimiento de dichos reembolsos se requiere: i) que la solicitud se realice en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y ii) adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente.

Al respecto, debe señalarse que si bien la Resolución No. 5261 de 1994, contempla un término para presentar la solicitud de reembolso, no se consagra una consecuencia en el evento de no presentarse dentro del término estipulado y en todo caso ello no fue objeto de reproche por la pasiva.

Precisando lo anterior, se tiene que la Superintendencia Nacional de Salud accedió al reembolso de la suma reclamada por la demandante con fundamento en que la atención correspondió a una urgencia oftalmológica

que de no tratarse con prontitud podría acarrear la pérdida de la visión del ojo derecho e incluso la ceguera, en la medida en que el ojo izquierdo también poseía afectaciones, por lo que no había razón válida para que la EPS hubiese retardado o dilatado injustificadamente la autorización, programación y práctica del procedimiento quirúrgico requerido de manera urgente por el paciente, lo cual constituía una mala prestación del servicio advirtiéndose así una inoportunidad en la atención de la urgencia así como la negligencia para garantizar la inmediatez en la atención que dicho diagnóstico requería.

En este orden de ideas, considera esta Sala de decisión que en nada erró La Superintendencia al acceder a las pretensiones, en la medida que el diagnóstico presentado por el demandante requería actuar con diligencia advirtiéndose que, de acuerdo con lo señalado en la historia clínica desde el 5 de diciembre de 2016, se había establecido que el demandante requería cirugía urgente respecto de su ojo derecho, no obstante, se le asignó cita para preanestesia para el 22 de diciembre de 2016, esto es, pasados más de 17 días, siendo claro que dicha cita a penas constituía un paso previo para la realización de una intervención quirúrgica, cuando el diagnóstico con el que contaba el demandante requería una intervención inmediata so pena de perder la visión en dicho ojo, tal y como se desprende de lo dispuesto por la clínica Barraquer en su página web, en donde señaló *“(...) un desprendimiento de retina establecido, el tratamiento será casi siempre quirúrgico y no hacerlo de modo urgente podría conllevar la pérdida irreversible de visión del ojo.”*¹.

Ahora bien, refiere el demandante que se le canceló la cita de pre anestesia 3 horas antes de llevarse a cabo la misma y aunque el apoderado de la demandada refirió que no le constaba que ésta se hubiere cancelado, debe tenerse en cuenta que esta es una práctica común en las EPS debiéndose llamar a las líneas de atención para buscar agenda y poder reprogramar, tal y como se ha expuesto en diversas acciones de tutela ante esta jurisdicción y ante la jurisdicción

¹ Desprendimiento de Retina. Clínica Barraquer. Recuperado de: <https://www.barraquer.com/patologia/desprendimiento-de-retina>

constitucional, en todo caso, no puede pasarse por alto que 17 días ya configuraban un tiempo excesivo de inactividad ante el diagnóstico del demandante, siendo clara la negligencia para cubrir la atención que requería el demandante.

Se indicó además que el usuario debió comunicar a la EPS su situación para darle la oportunidad de buscar una IPS dentro de su red de prestadores de servicios, sin embargo, ante la situación de urgencia manifiesta que se presentaba exigir al demandante comunicarse con la EPS para que le dieran cita en otra IPS y dado el tiempo que para el momento ya había pasado, ello podría haber sacrificado su visión, máxime cuando las EPS de conformidad con lo señalado en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, tenían como función básica asignada por la Ley “(...) garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados (...)” y dentro de las funciones que le compelian a la misma de acuerdo con lo establecido en el numeral 6 del artículo 178 Ibidem, se encontraba *“Establecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”*.

Así las cosas y toda vez que contrario a lo señalado, por el recurrente en el presente asunto se advirtió una negligencia de la EPS para cubrir las obligaciones asistenciales que tenía con el Señor Leonardo de Jesús Álvarez, que se enmarca dentro del tercer evento establecido en el literal b del artículo 41 de la Ley 112 de 2007, resulta procedente el reembolso de los gastos reclamados por el demandante.

Finalmente, frente a la solicitud que realizó por el apoderado de ordenar al demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatorio que se adelanta ante CAFESALUD EPS S.A., debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional, en Sentencia C- 089 del 26 de septiembre de 2018, señaló que el procedimiento aplicable para la liquidación de las EPS e IPS, se encuentra contemplado en los Decretos Ley 663 de 1993, Decreto 2418 de 1999, y a la Ley 510 de 1999, aplicables en virtud de remisión expresa

de los Decretos 1922 de 1994, Decreto 1015 de 2002, Decreto 3023 de 2002, Decreto 2555 de 2010, y demás normas que modifican y complementan el EOSF y a los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las EPS e IPS les eran aplicables las normas de procedimiento previstas a partir del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto Ley 633 de 1993, modificado por la Ley 510 de 1999, Decreto 2555 de 2010 y demás normas que lo adicionen o complementen.

Así mismo, de la precitada sentencia C-089 de 2018, resultan relevantes los siguientes apartes en los que se explica cómo es el procedimiento para el reconocimiento de acreencias en la liquidación de las EPS e IPS:

“74. A tal efecto, en el proceso liquidatorio el pasivo a cargo de la institución en liquidación se determina de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010 que a partir de su artículo 9.1.3.2.1., normativa que prevé el emplazamiento de todas las personas jurídicas públicas o privadas que consideren tener derecho a formular reclamaciones de pago ante la intervenida, para lo cual deberán aportar prueba sumaria de los créditos.

75. El emplazamiento incluirá el término para presentar las reclamaciones en forma oportuna (lit. b. artículo 9.1.3.2.1. Decreto 2555 de 2010). De manera que con el emplazamiento se advierte que una vez vencido este término el liquidador no tendrá facultad de aceptar ninguna reclamación, y que las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, al igual que las obligaciones no reclamadas, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Asimismo, el edicto emplazatorio implica la obligatoria suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta naturaleza. El término para presentar reclamaciones en ningún caso podrá superar un mes, contado a partir de la fecha de publicación del último aviso emplazatorio.

76. Una vez vencido el plazo para presentar reclamaciones, se correrá traslado a los interesados por un término de cinco días hábiles, para que los interesados puedan objetar las reclamaciones presentadas (Artículo 9.1.3.2.3 Decreto 2555 de 2010). Culminada esta etapa, el liquidador determinará las sumas y bienes excluidos, y los créditos a cargo de la masa de liquidación de la entidad. Para ello, dentro de los treinta días hábiles siguientes al vencimiento del término para presentar reclamaciones, el liquidador resolverá las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las reglas generales del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables.

77. Dicha decisión es adoptada mediante acto administrativo motivado y notificada por edicto. Contra la resolución que determina las sumas y bienes excluidos de la masa patrimonial en liquidación, así como los créditos a cargo de esta, procede recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a la

desfijación del edicto por el que se notificó la decisión. De los recursos presentados, se correrá el traslado correspondiente a la entidad durante los cinco días siguientes al vencimiento de término de presentación. Una vez notificadas las resoluciones que resuelven los recursos y ejecutoriado el acto mediante el cual se decidió sobre las sumas y bienes excluidos, y se determinaron los créditos a cargo de la masa de la institución financiera en liquidación, se procede a su cumplimiento de forma inmediata.

78. Significa lo anterior que en las normas que rigen el proceso liquidatorio se establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito insoluto, al igual que las condiciones bajo las cuales dicha obligación es reconocida y calificada para su pago.
(Subrayas y negrita fuera de texto)

A su turno el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, contempla las reglas para el pago de las obligaciones por procesos en curso, en los siguientes términos:

“Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

(...)”

Así las cosas, y teniendo en cuenta que en el presente asunto la Superintendencia Nacional de Salud, en el fallo expedido en primera instancia determinó que CAFESALUD EPS S.A. hoy en liquidación debía proceder con el reembolso de los gastos sufragados por el demandante y toda vez que del precedente y normatividad citada se desprende que el proceso liquidatorio es reglado y establece de manera clara y precisa los requisitos que los acreedores deben cumplir para reclamar a la entidad en liquidación su crédito, el demandante está habilitado para actuar de

conformidad con las reglas precedentes, para que si a bien lo tiene, se haga parte en el proceso de liquidación y reclame el pago de la prestación que le fue reconocida por la Superintendencia Nacional de Salud en sentencia del 17 de julio de 2020, y que se confirmará en esta providencia, sin posibilidad de incluir pronunciamiento alguno en razón a que la competencia de este tribunal está referida a las materias de la apelación.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 17 de julio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLARA INES ROJAS HERNANDEZ contra LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 003 2018 00320 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1° de septiembre de 2020.

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

PROTECCIÓN S.A., señaló que la demandante no tuvo varios traslados en el RAIS, sino que su cuenta había sido manejada por la misma

administradora que cambiaba de nombre o que era absorbida por otra cómo lo ocurrido en este asunto en donde su representada absorbió a ING en el año 2012, de tal suerte que su representada no participó de migración alguna, en esa medida PROTECCIÓN asumiría sólo las obligaciones en cuanto al dinero que tenía en la cuenta la demandante más no responsabilidades objetivas como el pago de costas, ya que ellas deberían aplicarse al culpable por haber violado la ley o haber desconocido decisiones jurisprudenciales, resaltando que las decisiones jurisprudenciales tenidas en cuenta para la emisión del fallo atacado no existían cuando se llevó a cabo el negocio jurídico que contuvo la migración.

Asimismo, resaltó que la demandante era pensionada de vejez bajo la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, por su representada desde el 15 de febrero de 2017, es decir, desde antes que se presentara la demanda, lo cual constaba en la documental que se había llegado al expediente, situación que no sólo había sido controvertida en el proceso sino que además había sido expresamente aceptada por la demandante y que no podía darse el mismo tratamiento legal o jurisprudencial que se le daba a un cotizante como al de un pensionado.

Igualmente, señaló que otro punto de inconformidad se concretaba en que se fuera a devolver sin indexar los dineros recibidos y disfrutados sin ningún reconocimiento por la conducta a todas luces inapropiada para pasarse al régimen de prima media sin haber nunca cotizado al mismo lo cual quebrantaba el derecho y desequilibrado a la balanza premiando injustamente a una de las partes del proceso.

A su vez el apoderado de la demandante, manifestó que el alcance del deber de información a cargo de PROTECCIÓN S.A. atendiendo los precedentes jurisprudenciales no se había cumplido, sin que obrara

dentro del expediente ninguna prueba que acreditará que se cumplió con eso presupuesto de validez del traslado, resaltando que si bien su representada se encontraba percibiendo una pensión por parte de protección a partir del 15 de febrero de 2017, ello por si no saneaba el

incumplimiento al deber de información al que estaba obligada la administradora, máxime cuando al recibir su primera mesada pudo evidenciar la magnitud del engaño al que había sido sometida al ocultársele las desventajas y consecuencias que le había acarreado dicho traslado, razón por la cual solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Por su parte COLPENSIONES, reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que el juez de primera instancia tomó la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que la A.F.P. PROTECCIONES S.A., no había demostrado que la asesoría brindada a la demandante frente a las características del RAIS había sido completa clara y transparente, sin embargo, mencionó que dicha determinación se adoptó sin tener en cuenta las sentencias C- 086 del 2016 y T - 422 de 2011, mediante las cuales la Corte Constitucional concluyó la importancia de analizar la escolaridad y conocimientos de un afiliado dentro del sistema general de pensiones al momento de decidir el traslado entre regímenes previo a invertir la carga de la prueba, análisis que no se había efectuado en el asunto, por lo que solicitaba que se no se diera aplicación a la inversión de la carga de la prueba y que por tanto como dentro del trámite del proceso no se había demostrado la concurrencia de vicio alguno al momento en que la demandante realizó su traslado al RAIS, se debería declarar la validez del mismo y absolver a su representada.

De igual, forma refirió que la calidad con la que actuaba la demandante dentro del sistema general de pensiones de acuerdo con lo señalado en el

reglamento único número 255 del 2010, se consideraba como un consumidor financiero de tal suerte que al estar ante un negocio jurídico no sólo ostentaba derechos sino también obligaciones como las contenidas en el artículo 2.6.10.1.4. las cuales habían sido incumplidas por la demandante en razón a que no resultaba concebible que después de estar afiliada por un período superior a 20 años en el RAIS y haber solicitado el reconocimiento pensional ahora se manifestará que la asesoría a ella brindada había sido incompleta e insuficiente, pues de

haber sido así no habría suscrito el formulario de afiliación con la AFP y mucho menos habría solicitado el reconocimiento pensional.

Finalmente, argumentó que sólo hasta el año 2014, la demandante acudió ante las instalaciones de Colpensiones para consultar su situación pensional, que no debía desconocerse que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito había atentado contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema al ordenarle a Colpensiones tener como afiliada a una persona que no había cotizado al régimen de prima media por un período superior a 20 años, pues su traslado fue para el año de 1995 y no se contaba con cotización alguna, que la línea jurisprudencial que había venido trazando la Corte Suprema de Justicia no resultaba compatible en los casos en los cuales quién demandaba la declaratoria de ineficacia del traslado se encontraba pensionado bajo las características de dicho régimen, toda vez que existía una prohibición de traslado entre administradoras cuando ya el afiliado había cambiado su estatus a pensionado, lo cual generaría una descapitalización del fondo común, y, que debía tenerse en cuenta la nueva posición sentada por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral mediante sentencia SL 373-2020, a través de la cual se declaró la falta de prosperidad de las pretensiones de ineficacia de traslado cuando se trataba de un pensionado.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declarara la ineficacia de traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro con Solidaridad el 19 de julio de 1995 y por tanto que era afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y en consecuencia se ordenara a PROTECCIÓN S.A, a trasladar la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, así como, se autorizara a dicha administradora a descontar de la condena las mesadas pensionales que hubiese cancelado a la demandante, igualmente, solicitó se ordenara a COLPENSIONES, activar la afiliación al Régimen de Prima media con prestación definida a partir del 19 de julio de 1995 y procediera a recibir de parte de PROTECCIÓN la totalidad de lo ahorrado en la cuenta individual junto con cada uno de los valores adicionales que le correspondieran.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada y cotizando en pensiones al Instituto de Seguros Sociales, hasta julio de 1995, que el 19 de julio de 1995 se trasladó a COLMENA (hoy PROTECCIÓN S.A.) con afectividad el 1° de agosto de 1995, sostuvo que para el momento del traslado no se le suministró una información suficiente que la permitiera establecer cual de los 2 regímenes le resultaba mas favorable, al punto que nunca se le indicó cual sería la edad mínima para pensionarse, el capital requerido para ello, y en caso de una pensión anticipada con que ingreso base de cotización debía efectuar sus aportes, ni se le informaron cuales eran las ventajas y desventajas de uno y otro régimen.

Como fundamento normativo, citó los artículos 12, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como también la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia SL2136 de fecha 3 de septiembre de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN, dio contestación como aparece de folios 53 a 60, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante era pensionada por vejez por su representada, desde el 15 de febrero de 2017, bajo la modalidad retiro programado sin negociación de bono pensional, igualmente, mencionó que sobre el particular debía tenerse en cuenta que todo lo que se reclamaba se encontraba regulado por la ley 100 de 1993, de manera que no le era posible alegar su propia negligencia, ya que el desconocimiento de la ley no la relevaba de la responsabilidad que acarreaba el haberse elaborado de manera libre y espontánea un acto jurídico válido en derecho, precisando además que la Corte Constitucional había ratificado que los únicos afiliados que podían devolverse al régimen de prima media eran aquellos que al 1° de abril de 1994 tuvieran 15 años o más de cotizaciones al sistema, requisito que no cumplía la demandante según lo señalado en los hechos segundo y tercero de la misma demanda y que el traslado realizado al régimen de ahorro individual era completamente válido en la medida en que se realizó de manera voluntaria, libre y espontánea de acuerdo con el cumplimiento de las formalidades prescritas en la ley 100 de 1993, que al momento de efectuarse el traslado no se cumplía con los requisitos de edad y tiempo de cotización exigidos en la ley para ser beneficiarios del régimen de transición, que la migración se realizó cuando la demandante tenía más de 5 años de estar vinculada al régimen de prima media por lo que la demandante no era de aquellas personas que pudiera regresar en cualquier tiempo y en ese momento le faltaban menos de 10 años para obtener el derecho a la pensión. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, no pertenecer la demandante al grupo de personas que puedan regresar al RPM, inexistencia de nulidades, prescripción y excepción genérica.

Mediante auto del 23 de agosto de 2019, notificado por estado el día 27 del mismo mes y año, se ordenó vincular a COLPENSIONES como litis consorte necesario.

COLPENSIONES, efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 135 a 151, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que las mismas carecían de fundamento fáctico y legal ya que la demandante se encontraba válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., que el artículo 2 de La ley 797 de 2003, determinó la posibilidad de que el afiliado se trasladara de régimen

una vez cada 5 años, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad esta norma limitó el derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión, salvo para aquellos afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho al regresar al Régimen de Prima Media, es decir, para aquellos afiliados al régimen de transición, limitación que atendiendo las adiciones efectuadas mediante el acto legislativo 01 de 2005 instauró el principio de sostenibilidad financiera, de acuerdo con ello, refirió que la demandante presentó su solicitud de traslado al régimen de prima media el 23 de septiembre de 2014, no obstante, al verificar los requisitos se advirtió que a la demandante le (SIC) un año para adquirir el estatus de pensionada y al no contar con 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994 (639,78 cotizadas) se encontraba inmersa dentro de la prohibición del traslado y como tampoco resultaba ser beneficiaria del régimen de transición se generaba imposibilidad de tenerla como afiliada, aunado a ello, resaltó que la afiliada era catalogada como una consumidora financiera y en esa medida poseía no solo derechos sino también obligaciones como los contentivos en el artículo 2.6.10.1.4 del Decreto 2555 de 2010 y lo señalado en la

sentencia SL1452-2019, de lo que se colegía que la misma ostentaba un deber de información que fue incumplido por la misma, toda vez que solo hasta el 2014 acudió a Colpensiones y en el 2017 a la AFP a consultar sobre su situación pensional, de tal suerte que la omisión de las obligaciones y el desconocimiento de la ley debía acarrear como consecuencia que se presentó un error de derecho que no viciaba el consentimiento y por tanto debía tenerse como válida su afiliación al RAIS.

Finalmente, indicó que COLPENSIONES no tuvo nada que ver en el negocio jurídico entre la demandante y la AFP por lo que ante una eventual condena la llamada a responder sería la AFP. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de

régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de la afiliación y excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

III. DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN

Mediante auto 9 de agosto de 2019, notificado por estado el 12 del mismo mes y año, se corrió traslado de la demanda de reconvención presentada por PROTECCIÓN S.A. contra CLARA INES ROJAS HERNANDEZ.

En la demanda de reconvención presentada por PROTECCIÓN S.A., esta pretendió que se declarara que la señora CLARA INÉS ROJAS era pensionada por PROTECCIÓN S.A. bajo la modalidad de retiro programado sin negociación de bono pensional, desde el 15 de febrero de

2017, así como que la misma había recibido de parte de PROTECCIÓN S.A., desde el 1° mayo de 2017 y hasta el 22 de octubre de 2018, la suma de \$18.613.000,76 por concepto de pensión de vejez, lo cual incluía retroactivo y mesadas pensionales hasta la fecha, así como que, en el evento en que la sentencia que pusiera fin al proceso resultara favorable a los intereses de la señora CLARA INÉS ROJAS, se declarara que la misma adeudaba a su representada la suma antes mencionada y en consecuencia se ordenara a la señora CLARA INÉS ROJAS HERNÁNDEZ, a pagar todas las sumas de dinero que hubiese recibido por concepto de mesadas pensionales hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia o hasta cuando hubiese que efectuarse el traslado de los dineros a COLPENSIONES, cantidades que debería restituir debidamente indexadas para que los mismos pudieran trasladarse a COLPENSIONES en su totalidad, de tal suerte que mientras la señora ROJAS HERNÁNDEZ no diera cumplimiento a lo ordenado por el despacho respecto a la indexación de las sumas recibidas tampoco podría PROTECCIÓN S.A. trasladar dicha suma COLPENSIONES para el pago de su pensión de vejez.

El apoderado de la demandante al contestar la demanda de reconvención, se pronunció frente las pretensiones, señalando que no había lugar a la oposición en virtud a que estas surgían o se derivaban en el evento en que la sentencia de la demanda principal fuera favorable a los intereses de su representada y que existía oposición a la pretensión realativa a que los dineros fueran reintegrados o pagados de forma indexada y como requisito previo al traslado de los dineros a Colpensiones. Propuso como excepción la genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1° de septiembre de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante CLARA INÉS ROJAS HERNÁNDEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS, realizado el 19 julio de 1995, con efectividad a partir del 1° de agosto del mismo año, así como las cesiones por fusión realizadas posteriormente y de forma horizontal entre COLMENA a ING, realizado el 1° de abril de 2010 y de ING a PROTECCIÓN, realizado el 31 de diciembre de 2012, para entender vinculada a la demandante en forma válida al régimen solidario de prima media administrada por COLPENSIONES, todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESATIAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante CLARA INÉS ROJAS HERNÁNDEZ, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento en que haya realizado alguna, bonos pensionales en caso de existir, con todos los rendimientos que produjo este dinero mientras estuvo en su poder conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte el traslado de esos dineros provenientes de PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida y asimismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas una vez reintegre todos estos valores, todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por las demandadas conforme a la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandante CLARA INÉS ROJAS HERNÁNDEZ a cancelar en favor de PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTIAS todos los valores recibidos por concepto de mesadas pensionales desde el 15 de febrero del año 2018 y mientras la siga percibiendo, todo conforme a la parte motiva de esta providencia, dineros que una vez ingresen a PROTECCIÓN darán lugar al traslado de todos los dineros motivo de la condena del numeral 2° de la parte resolutive de esta sentencia

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS junto con agencias en derecho a la parte demandada PROTECCIÓN S.A. las cuales se tasan en esta misma diligencia en la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000).

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandada COLPENSIONES consúltese con el superior en los términos del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y seguridad social.

Como fundamento de su decisión, argumentó que, al revisar el formulario de afiliación a COLMENA, no se encontró la fecha en que se diligenció el mismo, ni se llenó el acápite correspondiente a los beneficiarios, de tal suerte que el primer defecto del traslado se advertía de lo contemplado en el inciso 4° del artículo 11 decreto 692 de 1994, el cual establecía cuales eran las obligaciones al respecto, lo que conllevó a las consecuencias del inciso 6° del mismo artículo, esto es no tener como válida la vinculación a la administradora y de igual manera se echaba de menos la firma o sello del empleador mediante el cual se debió declarar bajo la gravedad de juramento que los antecedes del trabajador registrados en el formulario eran los que correspondían a la información que le había sido suministrada desconociéndose la obligación contenida en esa normatividad, y aun así, refirió que dejando de lado todas las deficiencias encontradas en el formulario de traslado de un régimen a otro, lo cierto era que para la época de ese traslado ya existían normas que obligaban a las administradoras de pensiones a brindar una información completa, veraz y oportuna en el momento de la promoción, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tuviera derecho el afiliado tales como Decretos 663 de 1993, 692 de 1994, artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, sino específicamente el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que consagraba obligaciones de los promotores y en ese orden de esa normatividad vigente para la época fue dando lugar a la producción de innumerable jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para definir esos casos en los que se pretendía la ineficacia del traslado, en donde se determinó que la carga de la prueba le correspondía a las administradoras de pensiones, en las que además se indicó que procedería la ineficacia del traslado cuando se estableciera la insuficiencia en la información suministrada al afiliado sobre las características de los 2 regímenes sin ser suficiente la simple suscripción del formulario, obligación con la que contaban las administradoras incluso desde su fundación.

Igualmente, se mencionó que esa relación viciada del traslado no se subsanaba con los traslados posteriores ya fueran voluntarios o en forma horizontal o por efecto de las operaciones comerciales que existían entre los fondos administradores de pensiones, siendo ello así, lo único que existía para esa época como medio prueba era el formulario, el cual por sí solo no era suficiente para demostrar que el traslado se dio de forma informada, tal y como se había indicado en el precedente vertical, de manera que como no existía un medio de prueba que demostrara que en el momento del traslado la administradora COLMENA, hubiese brindado la información completa, veraz y oportuna a la demandante acerca de las características y ventajas de uno y otro régimen y que esa deficiencia no se suplía con una re asesoría que se hiciera posteriormente cuando se presentara un traslado horizontal o cuando se realizaran operaciones aritméticas, de tal suerte que al no haberse logrado demostrar por COLMENA S.A. (que en virtud de la fusión quedó en cabeza de PROTECCIÓN), las características, consecuencias entre uno y otro régimen se procedió a declarar la ineficacia del traslado de la demandante así como la ineficacia de los traslados posteriores que se dieron con ocasión de las gestiones por fusión realizadas en forma horizontal entre COLMENA a ING y de ING a PROTECCIÓN S.A.

V. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y solicitó que se revocará la sentencia y en su lugar absolviera a su representada teniendo en cuenta que la demandante no había tenido traslados posteriores ya que lo que hubo fue figuras comerciales como fusión o absorción, igualmente, indicó que con la demanda de reconvención y la prosperidad de la pretensión se le dijo a la demandante que devolviera pero sin indexación, bajo el argumento de estar frente a una pensión con retiro programado y que esos dineros eran su propia cotización al sistema, resaltando que aunque ello era cierto lo

que imponía la indexación era que la señora había estado disfrutando de esos dineros y que estos tenían un precio o una devaluación, que tampoco compartía que se le hubiere condenado en costas ya que la misma demandante desde la demanda reconoció que su representada le había reconocido pensión y protección no desconoció que se hubiese afiliado a colmena y esto se hubiese realizado con el formulario, entonces los 2 tenían la culpa ya que la misma continuó recibiendo la pensión, luego tenía que devolver, entonces ella también había perdido el pleito.

Igualmente, manifestó que la demandante realizó las cotizaciones sin que hubiese realizado reclamo alguno frente al cual tenía unas expectativas respecto a la ley 100 de 1993, la cual no había sido atacada ni declarada inexecutable ni derogada, de manera que quien recorría el supuesto de hecho de una definición se atenía a las consecuencias, que en este caso el negocio transcurrió de una manera pacífica hasta el momento de la pensión, la cual pidió voluntariamente, redimió el bono y escogió una modalidad particular, lo cual ratificó con su firma, pensión que venía disfrutando desde el año 2017, por lo que no podrían aplicarse las decisiones jurisprudenciales y aun legales mencionados ya que una cuestión era cuando se era afiliado y otra cuando se era pensionado.

A su vez, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida y solicitó que se revocara la misma, al considerar que en el caso bajo análisis no se tuvo en cuenta la particularidad del caso, esto es, que a la demandante le había sido reconocida pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado por parte de PROTECCIÓN S.A., circunstancia que generaba que no pudiera aplicarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a las pretensiones, máxime cuando la Corte Constitucional en sentencia C - 841 de 2003, puso en conocimiento la imposibilidad de permitir traslados entre regímenes de aquellos afiliados cuando estos ya se encontraban

pensionados en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que estas circunstancias generaban una afectación al principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, en especial cuando su representada debería efectuar un reconocimiento pensional respecto de un afiliado que no había cotizado desde 1995, es decir, habiendo transcurrido más de veinte años sin que Colpensiones tuviera en cuenta la demandante al momento de hacer el cálculo actuarial y a futuro hacer un reconocimiento pensional, resaltando que en estos casos la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL413 de 2018, cuando se denotaba del comportamiento de los afiliados su voluntad de permanencia en el mismo y que mejor manifestación de voluntad que aceptar un reconocimiento pensional, y mas aun cuando lo señaló el juez la demandante no realizó ningún tipo de gestión para que no se continuará con el reconocimiento y el pago de las mesas que la AFP protección le estaba otorgando, dicho actuar conllevaba a concluir que era su voluntad permanecer el régimen de ahorro individual con solidaridad tal y como se venía realizando desde 1995, por lo tanto, era su deseo que su situación pensional estuviera regida por las características de este régimen

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que a la demandante Señora CLARA INES ROJAS

HERNANDEZ, le fue reconocida pensión de vejez por parte de PROTECCIÓN S.A., partir del 15 de febrero de 2017, en cuantía inicial de \$908.384, según da cuenta la comunicación obrante a folio 81 del plenario y ser éste un supuesto fáctico reconocido por la misma actora en el hecho séptimo de la demanda.

Ahora y si bien la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional, que fue el fundamento principal que uso el A quo para conceder la ineficacia del traslado de la demandante, no puede pasarse por alto que recientemente la Sala de Casación Laboral en pronunciamiento del 10 febrero de 2021, estableció que la situación de los pensionados constituía un estatus jurídico consolidado que no se podía revertir e impedía la ineficacia del traslado, abandonando así el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demandaba era un pensionado

Al respecto, resulta pertinente traer a colación apartes de la Sentencia mencionada, correspondiente a la SL-373 de 2021 con radicación No. 84475, que sobre el particular señaló:

“(…)

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

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

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

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

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran

número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado.

(...)”

De conformidad con lo dispuesto en la jurisprudencia citada resulta acertado resumir lo siguiente: i) que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; ii) que invalidar el estado de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y en especial tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones y iii) si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información y con ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, podrá demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Así las cosas, acoge este fallador el criterio expuesto por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral al considerar que las razones otorgadas en la jurisprudencia avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento y en esa medida como la demandante CLARA INES ROJAS HERNANDEZ, poseía el estatus de pensionada, se procederá a revocar la sentencia, atendiendo el criterio mencionado en precedencia, lo cual impone la absolución de las condenas impuestas a la accionante en virtud de las pretensiones de la demanda de reconvención.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia expedida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C y en su lugar absolver a las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra por la señora CLARA INES ROJAS HERNANDEZ. Absolver a la accionante de las condenas impuestas a su cargo.

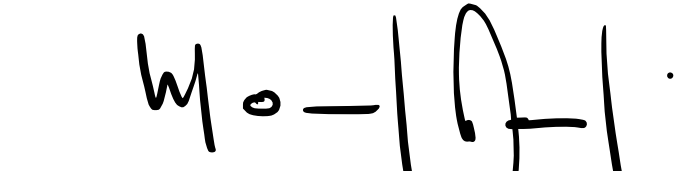
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA HELENA OCAMPO
PACHECO contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN**

RADICADO: 11001 3105 022 2017 00813 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de octubre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado de la demandante, en el que reiteró la solicitud de modificar la sentencia expedida por el juzgado 22 laboral del circuito, en el sentido de condenar a la demandada a reconocer y pagar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo a razón de \$60.854,33 diarios a partir del 19 enero de 2015 hasta el 19 de enero del año 2017,

así como, a pagar los intereses moratorios a la tasa bancaria más alta a partir del 20 de enero del año 2017 y hasta la fecha en que se verificara el pago, lo anterior, por haberse relevado a la demandada de la sanción moratoria solicitada en el proceso y a efectos que se corrija el yerro cometido ya que lo evidenciado había sido la mala fe de la demandada en cuanto a el no pago de los derechos de la trabajadora desde el año 1999 y el no pago de la liquidación en los términos de ley, refiriendo que el juzgado acogió los argumentos de la demandada que justificaron el incumplimiento en el pago de cesantías, primas y vacaciones con ocasión de la intervención judicial por parte del Ministerio de Educación Nacional a la universidad, ante los malos manejos desplegados por los directivos de la misma, hecho que había acaecido en la Resolución número 841 del año 2015, lo cual de ninguna manera podía justificar el incumplimiento, ya que cómo se había aprobado en el curso del proceso para el momento de la intervención oficial la demandada estaba en mora desde hacía varios años en el pago de los derechos de la trabajadora, sobre el punto trae a colación las sentencias de la corte suprema de justicia SL-11436 de 2016 y SL-194 de 2019, concluyendo que la moratoria de 6 años para el momento de la intervención no podía ser de recibo para absolver de la sanción moratoria porque se hubiese convertido en buena fe por la intervención ministerial que se activó precisamente ante la comprobación de hechos constitutivos de mala fe en el ejercicio de la autonomía universitaria.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declarara que entre ella y la Fundación Universitaria San Martín, existió un contrato verbal de trabajo a término indefinido durante el período comprendido entre el 1° de septiembre 1992 y el 19 de enero del año 2015, vigencia durante la cual desempeño el cargo de asistente administrativa de posgrados de odontología, teniendo como último salario devengado la suma de \$1.825.630 mensuales y un horario de lunes a viernes de 7 de la mañana a 4 de la tarde, contrato que terminó

por despido injusto el 19 de enero de 2015, en consecuencia, se condenara a la demandada a reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero indexadas desde la fecha de causación a la fecha de pago por los siguientes conceptos: \$9.371.567 por concepto de salarios adeudados del 15 agosto del año 2014 hasta el 19 de enero de 2015; \$27.536.569 por concepto de cesantías causadas por el tiempo laborado entre el 1° de enero de 1999 al 19 de enero del año 2015; \$6.884.146 por concepto de intereses sobre las cesantías; \$27.536.569 por concepto de prima de servicios causadas por el tiempo laborado del primero de enero de 1999 al 19 de enero de 2015; \$13.768.292 por concepto de vacaciones compensadas en dinero causadas por el tiempo laborado entre primero de enero de 1999 al 19 de enero de 2015; \$27.506.157 por concepto de indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo; \$471.012.540 por concepto de indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo a partir del 15 de febrero de 1994 hasta el 19 de enero de 2015; \$60.854,33 diarios a partir del 19 enero de 2015 durante 24 meses y los intereses moratorios a la tasa máxima bancaria partir del mes 24 y hasta cuándo se verificará el pago por concepto de indemnización moratoria por falta de pago de acreencias laborales al momento de la terminación del contrato, los cuales a la fecha de la presentación de la demanda ascendían a \$63.957.900.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el contrato venía cumpliéndose normalmente hasta que en el año 2014 la demandada comenzó a incumplir con los pagos de los salarios a los trabajadores y en el mes de diciembre del mismo año no se le permitió el ingreso a las instalaciones de la universidad, terminándose de esta manera la relación contractual laboral, así el 8 de abril de 2015, la demandante solicitó el pago de salarios y prestaciones sociales e indemnizaciones adeudadas a lo que la demandada dio respuesta mediante oficio del 3 de junio de 2015 en el que manifestó que por circunstancias de anormalidad administrativa no le era posible realizar el pago de las acreencias laborales, así mismo, refirió que posteriormente el representante legal de

la universidad mediante nota del 26 de septiembre de 2016, le comunicó que el contrato de trabajo se tenía vigente hasta el 19 de enero del año 2015 y que ante las continuas reclamaciones de las prestaciones laborales que le presentó a la demandada, está el día 5 de enero del año 2017, suscribió un acta de compromiso de pago de las acreencias laborales por la suma de \$38.384.143 la cual igualmente incumplió.

Como fundamento normativo, citó los artículos 22, 23, 24, 65, 168, 169, 176, 177, 179, 186, 253, 306 del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 2, 12, 25 y 74 del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, dio contestación como aparece de folios 81 a 92 del plenario, en donde se opuso a que se declarara que el vínculo laboral fue verbal ya que mencionó que este fue mediante contrato escrito, se allanó a los extremos de la relación laboral, al cargo desempeñado y salario devengado por la demandante pero no al horario de trabajo, frente a las pretensiones condenatorias se opuso refiriendo que si bien existían saldos y conceptos en favor de la demandante de acuerdo con el documento denominado acta de compromiso, en ella se habían establecido los valores y conceptos que para dicha data se endeudaban en favor de la demandante, documento que había sido firmado de buena fe entre las partes junto con el acta de liquidación de acreencias con radicado 451 aceptado por la demandante, lo cual desmentía la afirmación realizada por el apoderado frente a los extremos reclamados y adicionalmente evidenciaba un actuar de buena fe por parte de su representada, asimismo, se opuso al pago de la indemnización por despido injusto debido a que el contrato no había finalizado sin justa causa, frente al pago de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías refirió que consignó las cesantías respectivas sin actuar de mala fe, lo cual quedaba demostrado con el acta

de compromiso suscrita entre las partes y frente al pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones se opuso indicando que el actuar de su representada no había revestido mala fe, lo cual igualmente quedaba demostrado con el acta de compromiso suscrita aunado a que la demanda se había interpuesto después de los 24 meses de culminada la relación laboral.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de octubre de 2020, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante MARTHA HELENA OCAMPO PACHECO y la DEMANDADA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de septiembre de 1992 hasta el 19 de enero del 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN a pagar a favor de la demandante MARTHA HELENA OCAMPO PACHECO identificada con cédula de ciudadanía 41.543.903 las siguientes sumas por concepto de liquidación de prestaciones sociales adeudadas debidamente indexadas al momento de su pago de conformidad con la parte motiva de este fallo. Salario \$9.361.567; cesantías \$27.654.613; intereses a las cesantías \$657.837; prima de servicios \$5.573.243 para un total \$43.247.259.

TERCERO: CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN a pagar a favor de la demandante MARTHA HELENA OCAMPO PACHECO, identificada con cédula de ciudadanía 41.543.903 por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de \$28.665.799.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada y no probada las demás según las razones expuestas.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones invocadas en su contra conforme a la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN. Fíjense como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes conforme lo establecido en el artículo 365 del código general del proceso y de acuerdo a lo previsto en el acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que, no existía controversia respecto de la existencia de la naturaleza de la relación laboral que unió a las partes, la cual estuvo regida por un contrato laboral a término indefinido, el cual inició el 1° de septiembre de 1992 y se

extendió hasta el 19 de enero de 2015, ejecutando el cargo de asistente administrativa de postgrado de Odontología y devengando como último salario la suma de \$1.825.630, ya que así había sido aceptado por la parte demandada y se extraía a su vez del certificado que obraba a folio 20 del plenario. Respecto a los salarios reclamados por el periodo comprendido entre el 15/09/2014 al 19/01/2015 refirió que no se acreditó que los mismos se hubiesen cancelado, por lo que se tenía derecho a estos y se estimaron procedentes, acto seguido, se analizó la excepción de prescripción y precisó lo siguiente, que la prescripción de los salarios empezaba a correr a partir del primer día del mes siguiente a su causación y por tanto como quiera que la solicitud de reconocimiento y pago de las acreencias había tenido lugar el 8 de abril de 2015, con dicha solicitud se interrumpió el termino de prescripción y como la demanda se interpuso el 15 de diciembre de 2017, es decir, dentro del término de los 3 años previstos, por tanto ninguno de los salarios pretendidos estaba cobijado por la prescripción

Frente a las prestaciones sociales reclamadas, indicó que el término prescriptivo de las cesantías se contaba a la terminación del contrato de trabajo, razón por la cual con la solicitud de reconocimiento y pago de la de las acreencias y posterior presentación de la demanda se interrumpió el término de la prescripción por lo que estos no estaban prescritos; en relación con los intereses de las cesantías señala que atendiendo lo establecido en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975 y Decreto reglamentario 116 de 1936, respecto a cuando debían cancelarse los mismos, se tenía que los intereses a las cesantías causadas en el año 2011 prescribieron el 31 de enero de 2015, por lo que se declaró probada la excepción respecto de esta anualidad y hacía atrás; tratándose de la prima de servicios y de acuerdo con lo señalado en el artículo 306 del C.S.T. señaló que las primas causadas en el 2011, prescribieron en el año 2014, declarándose probada la excepción respecto de esta anualidad y hacia atrás, finalmente, ante las vacaciones se indicó que si bien las mismas fueron reclamadas lo cierto era que la demandante en su declaración de

parte confesó que había disfrutado de sus vacaciones, por lo que no procedió a realizar condena.

Respecto a las indemnizaciones moratorias de que trata el artículo 65 del C.S.T. y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indicó que su aplicación no era de procedencia automática, ya que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral había adoctrinado que tales indemnizaciones procedían cuando en el proceso el empleador no aportara razones satisfactorias y justificativas para su conducta y para ello el juez debía adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo en aras de establecer si algunos argumentos esgrimidos por la defensa eran razonables y aceptables, manifestando que en el asunto bajo estudio la conducta de la demandada no se había configurado bajo los postulados de mala fe, pues la omisión en los pagos obedeció a las medidas de prevención y vigilancia impuestas por el Ministerio de Educación Nacional en los términos del artículo 13 de la Ley 1740 de 2014, de la cual da cuenta la Resolución 00841 de 2015, a partir de la cual la Resolución No. 1702 del 10 de febrero de 2015, estableció la aplicación de unos institutos de salvamento en donde en el numeral 6 del artículo 1° se estableció la suspensión de pagos de la Universidad San Martín causados hasta la fecha de la resolución que adoptó la medida para el restablecimiento del servicio educativo en condiciones de calidad de acuerdo con la planeación que hiciera el Ministerio, de lo que se coligió que la omisión en el pago no eran un simple capricho de la demandada sino de una contingencia por la que atravesó la misma en virtud de la cual se dispuso la suspensión de pagos, lo que imposibilitó reconocer las sumas reclamadas, adicionalmente, se señaló que mediante acta de compromiso del 5 de enero de 2017, la demandada procedió a reconocer a la demandante como acreedora y se transaron diferencias existentes por el vínculo laboral en la suma de \$38.384.143, quedando su pago sujeto a las directrices que, frente a la Universidad San Martín impartiría el Ministerio de Educación Nacional, concluyendo que la demandada reconoce que existía un saldo a favor de la demandante y había procurado

su pago pese a la situación que enfrentaba, actos que denotaban buena fe por lo que no se condenó al pago de las moratorias reclamadas.

Finalmente, frente al pago de la indemnización por despido injusto, refirió que al trabajador le correspondía acreditar el hecho del despido y al empleador las justa causas invocadas tal y como se indicó entre otras en la sentencia de la CSJ, SCL SL283-2018, resaltándose que la demandante acreditó el despido con la carta visible a folio 20 del plenario, en donde se le especificó a la demandante que las actividades personales cesaron el 15/01/2015, por lo que a partir de esa fecha se entendió finiquitado el contrato sin otorgar mayor razón ni prueba que justificara su proceder, razón por la cual no quedaba otra vía que condenar a la demandada a pagar la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación respecto a los ítems negados por el despacho, esto es, el pago de las vacaciones reclamadas y las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías (art. 99 Ley 50 de 1990) y la indemnización moratoria (art. 65 del C.S.T.), argumentando que no se compartía el criterio del Juzgado en el sentido que la demandada hubiese obrado de buena fe, pues esta la entendía la doctrina como la certeza de estar obrando conforme a derecho, pero que la demandada obró de muy mala fe en vigencia y a la terminación del contrato, al respecto precisó que la liquidación se causó el 19 de enero de 2015 y la intervención del Ministerio fue en el mes de febrero de ese año, de tal manera que para cuando intervino el Ministerio, la universidad ya había incurrido en mora en el pago de las prestaciones de la trabajadora, de tal manera que no se puede retrotraer supuesta buena fe en una conducta que era totalmente contraria, de tal suerte que lo que se había visto con la liquidación e intervención de la Fundación Universitaria San Martín era una mala fe de la directiva de la misma no solo contra los estudiantes sino también

contra sus trabajadores, aunado a ello, manifestó que nadie puede alegar en su propio beneficio, su propia torpeza o su propio dolor, su propia mala fe, considerando desatinada la decisión del Juzgado en la medida en que se desconoció el pago de la moratoria ya que la intervención oficial fue posterior y justamente fue por las comprobación de las actuaciones dolosas y pérfidas de las directivas de esa universidad, así mismo, manifestó que debía reconocerse la indemnización por no consignación de las cesantías por cuanto éstas se iban causando anualmente y así el fenómeno de la prescripción afectara parte de esa indemnización los tres últimos años estaban vigentes.

A su vez, el apoderado de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida frente a los siguientes puntos, aclarando en primer lugar que la intervención de la Fundación Universitaria San Martín no se realizó para el mes de febrero de 2015, como lo indicaba el apoderado, sino a través de la Ley 1740 de diciembre 2014, frente a las condenas manifestó en lo atinente a los salarios que el despacho condenó a pagar \$9.361.567 pero que se evidenciaba de las pruebas documentales entre ellas el acta de compromiso que reflejaba un valor total a pagar por \$38.384.143, valor que correspondía a la liquidación efectuada para el 1° de diciembre de 2016, en el que la demandante reconoció conforme al acuerdo de pago que el valor que se le adeudaba por concepto de salarios era la suma de \$8.458.752, es decir, que los salarios pendientes correspondían a los causados desde el 1° de septiembre de 2014 y no desde mediados de agosto de dicho año, situación que igualmente ocurría con las cesantías pues si bien el despacho condenó por \$26.000.000 conforme a la liquidación y el acuerdo de pago se estableció que el valor que se adeudaba por concepto de cesantías ascendía a \$23.694.311 y frente a los intereses a los cesantías por valor de \$657.837, por lo que solicitó al Tribunal verificar las condenas impuestas por dichos conceptos, habida cuenta que tal y como lo manifestó y lo aceptó la demandante en el interrogatorio de parte, ella firmó este acuerdo y acta de compromiso y

adicionalmente suscribió dicho acuerdo en la que se reflejan todos y cada uno de los conceptos que en efecto debía la Fundación Universitaria San Martín.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta viable tener en cuenta el acta de compromiso suscrita el 5 de enero de 2017, entre la señora MARTHA HELENA OCAMPO PACHECO y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, a efectos de determinar los extremos y valor de las acreencias a reconocer a la demandante, así como, establecer si resultaba procedente el pago de vacaciones y de las indemnizaciones moratorias reclamadas por no consignación de cesantías y por no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre MARTHA HELENA OCAMPO PACHECO y la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, existió un contrato individual de trabajo a término indefinido a partir del 1° de septiembre de 1992 (fl. 100 y 101); ii) que el último cargo desempeñado por la demandante al servicio de la demandada fue el de asistente administrativa en posgrados odontología (fl. 20); iii) que el último salario devengado por la misma ascendió a \$1.825.630 (fl. 20) y iv) que la relación laboral sostenida entre las partes finalizó el 19 de enero de 2015 (fl. 30 y 31), lo cual se acredita con las documentales allegadas al expediente y tratarse ser hechos reconocidos por la demandada en su contestación.

Precisado lo anterior, se aprecia que el reparo realizado por el apoderado de la demandada está encaminado a señalar que las condenas impuestas por el A quo debieron circunscribirse a lo señalado en el acta de compromiso suscrita por las partes el 05 de enero de 2017, en el que

se transan las diferencias existentes por valor de \$38.384.143, por lo que resulta pertinente acudir al acta de compromiso referida a efectos de establecer lo que la misma contempla (fl. 93):

“ACTA DE COMPROMISO

En Bogotá D.C., el día 05-01-2017, se reunieron en las instalaciones de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN ubicadas en la carrera 18 No. 80-45 en Bogotá D.C., por una parte el señor RICARDO BOLAÑOS PEÑALOZA, en su condición de representante legal de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, y por la otra el(la) señor(a) MARTHA ELENA OCAMPO PACHECO en su calidad de peticionario(a) dentro del proceso de identificación de acreedores de la misma institución de educación superior, el cual se adelanta de conformidad con lo dispuesto en la ley 1740 de 2014, con el fin de plasmar la mutua intención de iniciar un proceso de concertación a través del cual se determine la existencia obligaciones a cargo de la FUNDACIÓN, su naturaleza y cuantía, para lo cual se tendrán en cuenta las pretensiones contenidas en la(s) solicitud(es) radicada(s) el(los) día jueves, 11 de febrero de 2016, con el(los) número(s) 451, las cuáles son las únicas que el(la) señor(a) MARTHA ELENA OCAMPO PACHECO Considera como presuntamente adeudadas.

Lo anterior, en atención a que una vez evaluada(s) la(s) solicitud(es) precitada(s), así como las condiciones especiales por las que atraviesa la Fundación, que dieron lugar al inicio del proceso de identificación de acreedores, la Institución de Educación Superior considera que de la documentación aportada por el(la) solicitante se desprende que con anterioridad al 12 de febrero de 2015, existieron vínculos jurídicos entre las partes que dan lugar a un reconocimiento derechos económicos a su favor, situación que es necesario verificar en conjunto.

Con respecto a las pretensiones presentadas al proceso de identificación de acreedores bajo el(los) radicado(s) No(s). 451 las partes acuerdan efectuar una transacción en los términos de los artículos 15 del C.S.T. y 2469 del Código Civil, la cual tiene por objeto precaver cualquier litigio eventual o dar por terminado el que eventualmente ya exista teniendo en cuenta los supuestos contenidos en el anexo.

Por tal motivo, las partes dejan constancia de su decisión de transar todas las diferencias existentes entre las partes en relación con el vínculo laboral identificado en el anexo, en la suma de \$38.384.143, como único valor a cargo de la Fundación, suma que no desconoce los derechos ciertos e indiscutibles del (de la) acreedor(a) y que por ende tiene el efecto de hacer tránsito a cosa juzgada, de conformidad con las normas arriba identificadas.

El(la) solicitante reconoce que fue informado(a) acerca de que la forma de pago de esta obligación estará sometida a la condición de que el Ministerio de Educación Nacional se pronuncie favorablemente sobre la viabilidad de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN y se someterá a lo que disponga el plan de pagos que para el efecto se presente, por lo cual no es actualmente exigible. Igualmente, reconoce que fue informado que sobre la suma antedicha se efectuarán los descuentos de que de conformidad con la ley corresponde al tipo de pago a efectuar.

Una vez leída se firma la presente acta de compromiso por quienes en ella intervinieron en señal de aceptación.

(...)”

En el anverso del acta de compromiso, se encuentra la liquidación con radicado No. 451:

[illegible]

Como se observa el acta de compromiso suscrita, tenía el objetivo que la demandante se hiciera parte dentro del proceso de identificación de acreedores que se adelantaba en la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, de conformidad con lo dispuesto en la ley 1740 de 2014, a efectos de llegar a un acuerdo sobre las obligaciones a cargo de la fundación su naturaleza y cuantía, de manera que se tendrían en cuenta las pretensiones solicitadas en la solicitud No. 451, es decir, la liquidación que reposa en el anverso del acta de compromiso, frente a las cuales las partes acordaban realizar una transacción en los términos del artículo 15 del C.S.T. y 2469 del Código Civil, en la suma de \$38.384.143, sin embargo, el pago de la misma estaría sujeto a que el Ministerio de Educación Nacional se pronunciara sobre la viabilidad del ente universitario y se sometería a lo que dispusiera el plan de pagos que se presentara por lo que para el momento no era exigible.

En ese orden de ideas, se observa que con el acta de compromiso lo que se pretendía era transar las obligaciones reclamadas, de lo que se podría colegir que estaríamos frente a un contrato de transacción en la medida en que este no requiere solemnidad alguna conforme lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de vieja data con radicación No. 50538 del 6 de diciembre de 2016, en donde se señaló que “(...) *De otra parte, en relación a la solemnidad del acto, es suficiente el acuerdo de voluntades para su*

perfeccionamiento, y a su vez, no es necesario que se celebre de modo especial un contrato que indispensablemente lleve el nombre de contrato de transacción, en razón a que dicho convenio puede pactarse y existir, cumpliendo los requisitos legales del mismo.(...)”, de manera que se procederá a verificar si se cumplen con los requisitos legales del mismo.

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia AL3608-2017, con radicación n.º 75199 del 7 de junio de 2017, determinó que la transacción resulta válida cuando << i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.>>

Conforme a lo anterior y revisada el acta de compromiso, se observa que los derechos en disputa no eran de aquellos que pudieran enmarcarse dentro de derechos inciertos y discutibles, pues se trataba de salarios, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, los cuales no dependían del estudio jurídico de un juez para determinar si a la demandante le asistía o no el derecho reclamado y tampoco se realizaron concesiones mutuas, de modo que el acuerdo realizado no resultaba válido y en esa medida el A quo no debía circunscribirse a ésta, razón por la cual se procederá a confirmar la decisión respecto a ese punto.

De otra parte, y aunque el apoderado de la demandante cuestionó que no se hizo reconocimiento de las vacaciones reclamadas, no señaló las razones de su reparo, advirtiéndose en todo caso que en el interrogatorio de parte al preguntársele a la demandante si había disfrutado de los periodos colectivos de vacaciones otorgados por la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, contestó que sí, e igual respuesta suministró cuando se le preguntó si cuando se concedían dichos periodos se pagaban las vacaciones, justificando que se había reclamado el pago de vacaciones porque no se acordaba que si le pagaron las mismas porque

nunca hubo interrupción en los pagos siempre le pagaban los meses continuos y aunque después indicó que la verdad no le pagaban las vacaciones, ya se había hecho la confesión, por lo que no se advierte yerro alguno en este sentido.

También, fue objeto de cuestionamiento por parte de dicho apoderado el no pago de las indemnizaciones moratorias reclamadas aduciendo que la demandada no había obrado de buena fe, además, precisó que la liquidación se causó el 19 de enero de dos mil quince y la intervención del Ministerio fue en el mes de febrero de ese año, de tal manera que para cuando se dio la intervención del ministerio, la universidad ya había incurrido en mora en el pago de las prestaciones de la trabajadora, por lo que no se podía retrotraer supuesta buena fe en una conducta que era totalmente contraria, máxime cuando la intervención realizada fue por las conductas fraudulentas desplegadas por las directivas de la Universidad, al unísono manifestó que debía reconocerse la indemnización por no consignación de las cesantías por cuanto éstas se iban causando anualmente y así el fenómeno de la prescripción afectara parte de esa indemnización los tres últimos años estarían vigentes.

Sobre la situación que atravesaba la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, en virtud de la cual se consideró por el A quo la exoneración de las moratorias a cargo de la demandada, resulta oportuno recordar que mediante la Resolución No. 841 del 19 de enero de 2015, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, se ordenaron medidas preventivas y de vigilancia especial para el referido ente universitario de conformidad con lo establecido en la Ley 1740 de 2014, posteriormente, el Ministerio de Educación Nacional, expidió la Resolución No. 1702 del 10 de febrero de 2015 *“Por la cual se ordena la aplicación de institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín, en el marco de la vigilancia especial dispuesta en la Resolución 000841 de 2015, y en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior”* en donde en su artículo 1° dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: Adoptar las siguientes medidas establecidas por el artículo 14 de la Ley 1740 de 2014 como “Institutos de Salvamento”, para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín, en el marco de la Vigilancia Especial ordenada por este Ministerio mediante la Resolución No. 00841 del 19 de enero de 2015, propendiendo por la garantía de los derechos de los estudiantes a una educación en condiciones de continuidad y calidad, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

(...)

6. la suspensión de pagos de las obligaciones de la Fundación Universitaria San Martín causadas hasta la fecha de esta Resolución que adopta la medida, salvo los que sean autorizados por ser necesarios para el restablecimiento del servicio educativo en condiciones de calidad, de acuerdo con la planeación que haga el Ministerio de conformidad con el artículo 14 – numeral 4 de la Ley 1740 de 2014.

(...)

Todos los acreedores de la Fundación Universitaria San Martín, incluidos los garantizados quedan sujetos a las medidas que se adoptan mediante esta Resolución, por lo cual, para ejercer sus derechos y hacer efectivo cualquier tipo de garantía de que dispongan frente a la mencionada Fundación, deberán hacerlo dentro del marco de la medida y de conformidad con las disposiciones que la rigen.

(...)”

En ese orden de ideas, se tiene que aunque a partir del 15 de enero de 2015, se ordenaron medidas preventivas y de vigilancia especial (Resolución No. 841 de 2015), es partir del 10 de febrero de 2015, en atención a los institutos de salvamento implementados que se sustrae a la demandada de la posibilidad de pagar sus obligaciones (Resolución 1702 de 2015), de manera que no se advierte justificación para el no pago de las acreencias causadas en forma previa y al momento de la terminación de la relación laboral, pues adicional a las medidas adoptadas por el Ministerio de Educación Nacional, no se aduce ni resulta acreditada otra razón que convalidara el no pago, por lo que no se aprecia que el empleador haya obrado con lealtad para con su trabajadora, sin embargo, tampoco puede desconocerse la inimputabilidad de la mora luego de haberse ordenado la suspensión de pagos con ocasión de los institutos de salvamento adoptados mediante la resolución No. 1702 de 2015.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación el pronunciamiento expedido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL194-2019, radicación No. 71154, en donde, se señaló:

(...)

*La sala subraya que con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así, lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de la entidad, entonces, **lo mismo sucede tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir.***

(...)”

El anterior precedente resulta aplicable al caso bajo la figura de la analogía, en tanto que, aunque se trata de asuntos diferentes, el razonamiento por el cual se resuelve la controversia es el mismo ya que tanto en el asunto tratado en la sentencia traída a colación (liquidación de entidad) como en el estudiado (orden de suspensión de pagos), existe una imposibilidad para cumplir.

Así las cosas, se tiene que no resultaría admisible, condenar por la mora en el pago de las acreencias reclamadas una vez se expidió la Resolución 1702 de 2015 (10 de febrero de 2015), como quiera que a través de la misma se generó la imposibilidad de pago de parte de la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, razón por la cual, atendiendo lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, solo será posible condenar a la moratoria hasta el día anterior a la expedición de la mencionada resolución, esto es, entre el 20 de enero de 2015 (día siguiente a la terminación de la relación laboral) y el 9 de febrero de 2015, lo cual, arroja un valor de **\$1.156.232.**

Tratándose de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y en forma previa a calcular la misma, resulta pertinente analizar el medio exceptivo de prescripción propuesto por la demandada, cuya aplicabilidad no se

encuentra duda, en tanto que, el mismo apoderado reconoció su procedencia al presentar el recurso, y en todo caso, sobre el particular la CSJ, SCL, en sentencia SL5418-2019, Radicación No. 70892, indicó:

“Al respecto debe precisarse, que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día; así se colige de la norma:

Artículo 99.- El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía tendrá las siguientes características:

[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.**

Sobre el particular se pronunció esta corporación en la sentencia CSJ SL 35603, 1º feb. 2011, en los siguientes términos:

El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.

La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral.

(...)”

Para el caso que nos ocupa, observa que la demanda se presentó el 15 de diciembre de 2017, no obstante, no se presentó reclamación expresa a la demandada respecto al pago de la indemnización moratoria deprecada que hubiera podido interrumpir la prescripción, por lo que, los tres años a los que aluden los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S. acaecieron el **15 de diciembre de 2014**, ahora bien, como de lo señalado en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se desprende que el valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente al que corresponde su liquidación, se tiene que la sanción moratoria surge a la vida jurídica el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por lo que bajo esta egida la indemnización no afectada por el fenómeno prescriptivo es el siguiente:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTIAS ART. 99 LEY 50/90						
AÑO CESANTÍA	SALARIO	EXIGIBILIDAD		SALARIO DIARIO	DÍAS	MORATORIA
2013	\$ 1.825.630	15/02/2014	15/12/2014	\$ 60.854,33	300	PRESCRITAS
2013	\$ 1.825.630	16/12/2014	19/01/2015	\$ 60.854,33	34	\$ 2.069.047
TOTAL						\$ 2.069.047

En consecuencia, y toda vez, que no se encontraron acreditadas razones atendibles para que el empleador se sustrajera de cumplir con las obligaciones que le asistían en forma previa y al momento de la terminación de la relación laboral, se procederá a modificar la decisión en el sentido de incluir las condenas por concepto de indemnizaciones moratorias de que trata el artículo 65 del C.S.T. y del artículo 99 de la ley 50 de 1999, de acuerdo con las razones antes mencionadas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia expedida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de incluir las siguientes condenas a pagar a cargo de la demandada y en favor de la demandante, por concepto de indemnización moratoria por no consignación de cesantías la suma de \$2.069.047 y por concepto de indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato la suma de \$1.156.232.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FULBIA SUAREZ GONZALEZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES

RADICADO: 11001 3105 024 2014 00533 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en Consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que se condenara a COLPENSIONES a reconocerle, pagarle e incluirla en nómina de pensionados de la prestación económica por sustitución del asegurado fallecido Mario Becerra Carreño, de manera vitalicia en calidad de compañera

permanente, a partir del 3 de febrero de 2010 (fecha de fallecimiento del asegurado) y sobre el 50% del valor de la mesada pensional dejada en suspenso por Colpensiones, así como al pago de las prestaciones periódicas causadas y a los intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre el retroactivo pensional junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que mediante resolución No. 024451 del 8 de agosto de 2005, el Instituto de Seguros Sociales concedió pensión de vejez al asegurado fallecido Mario Becerra Carreño, quien falleció el día 3 de febrero de 2010, de tal suerte que el día 19 de marzo de 2010, presentó reclamación de reconocimiento y pago de la pensión por sustitución, la cual le fue negada mediante resolución 015837 del 17 de mayo de 2011. De igual manera se resolvió de manera negativa la reclamación presentada por la señora María del Carmen Garzón Becerra, en calidad de esposa del causante, dejando la definición del derecho a la resolución que tomara el juez competente. El valor de la mesada pensional dejada en suspenso corresponde al 50%, atendiendo a que el otro 50% le fue otorgado a los hijos menores Yeimmy Yanira y Ángel Giovanni Becerra Suárez respectivamente. De igual forma, el 2 de febrero de 2014, refirió que elevó nueva reclamación de reconocimiento y pago de la pensión por sustitución, en donde a través de la Resolución GNR 146913 del 29 de abril de 2014, se negó una vez más la sustitución pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 46¹ y 141 de la Ley 100 de 1993, los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 4 de la Ley 700 de 2001, así como, la Ley 717 de 2001. De igual manera, trajo a colación la Sentencia C-1094 de 2003 expedida por la Corte Constitucional.

¹ Modificado art. 13 Ley 797/03.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, contestó la demanda (fl. 69-74), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, señalando que no le asistía el derecho reclamado a la demandante por no encontrarse demostrado y en esa medida resulta improcedente acceder a las solicitudes de inclusión en nómina, prestaciones periódicas, intereses moratorios, retroactivo pensional, mesadas adicionales. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, innominada o genérica.

Mediante auto del 14 de octubre de 2014, notificado por estado el 15 de enero de 2015, se ordenó integrar al proceso en calidad de litisconsortes a las señoras MARIA DEL CARMEN GARZÓN BECERRA y LUZ CONSUELO TORRES CASTAÑEDA.

El Curador adlitem de la Señora MARIA DEL CARMEN GARZÓN BECERRA y LUZ CONSUELO TORRES CASTAÑEDA, se pronunció frente al contenido de la demanda (fl. 59 -60), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la misma, en la medida en que no se encontraba probado que la accionante hubiese sido la compañera permanente hasta el momento del fallecimiento del Señor MARIO BECERRA CARREÑO.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de diciembre de 2020, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de carencia o causa para demandar e inexistencia del derecho y la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por la señora FULBIA SUAREZ GONZALEZ.

TERCERO: COSTAS a cargo de la demandante y a favor de la demandada por la cual se estiman las agencias en derecho en la suma de \$100.000, por secretaria líquidense en la etapa procesal.

Como fundamento de su decisión, argumentó que, la prestación económica solicitada se regía por la norma que se encontrara vigente al momento del fallecimiento del pensionado, de tal suerte que la norma aplicable era el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ya que el fallecimiento había ocurrido el 3 de febrero de 2010, resultando aplicable el literal a y el inciso segundo y siguiente del literal b.

A continuación, se indicó que el requisito inexcusable para acceder a la pensión de sobrevivientes y acreditar la condición de beneficiario tratándose de la compañera, era la convivencia durante mínimo cinco años anteriores a la muerte y se procedieron a valorar los diversos medios de prueba allegados, sobre el particular, indicó que los documentos allegados al proceso en nada aportaban a la demostración de una convivencia efectiva, real e ininterrumpida en los últimos cinco años entre la señora Fulbia Suarez y el causante, que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, la misma negó conocer a la señora María del Carmen Garzón Becerra y a Consuelo Torres Castañeda, aseguró que conoció al señor Mario Becerra en el año 1987 y empezó a convivir con este en 1988, de los testimonios rendidos por Alcira López Rojas, María Angélica Pérez, María del Carmen Garzón, Mireya Becerra Garzón, se indicó que llamaba la atención al despacho que ni la demandante ni los testigos conocieran o hubiesen escuchado hablar de la señora María del Carmen Garzón, quien de acuerdo con el expediente administrativo allegado por Colpensiones y las resoluciones con las cuales se había dado respuesta a las solicitudes pensionales fue la cónyuge del causante desde el 20 de junio de 1965 hasta el año 1988 cuando hubo una separación de cuerpos, que de acuerdo con lo indicado por la misma demandante en el interrogatorio de parte rendido fue un hijo mayor del causante quien asumió las gastos funerarios a lo que la demandante manifestó que nunca

lo había visto, lo que tampoco se entendía porque cuando existía una pareja se debía conocer la vida de ambos incluidos los hijos, también se resaltó que tanto la señora Fulbia como la Señora Consuelo registraban la misma dirección cuando hicieron las respectivas peticiones ante COLPENSIONES, por lo que llamaba la atención que ésta dijera que no la conocía cuando registraban la misma dirección y la hija del causante refiriera que Luz Consuelo vivía con aquel en el primero piso, así como, que el señor Jose Miguel Lozano quien tuviera una amistad tan cercana no conociera de la existencia de la Señora María del Carmen con quien contrajo matrimonio en el año 1965, misma época en que el testigo aseguraba que conoció al causante; tampoco se explicaba como Antonio Capera Muñoz quien manifestó ser vecino y padrino de la hija del causante no tenía conocimiento de la existencia de la esposa María del Carmen, esto teniendo en cuenta que el testigo aseguró conocerlos desde hacia 35 años, es decir, desde el año 1989, y que a pesar que los testigos aseguraron que les constaba que a demandante era beneficiaria en servicio de salud no se allegó certificación expedida por la EPS, como documento idóneo para acreditar el hecho, llamándole la atención la exactitud con la que los testigos recordaban y precisan que la convivencia había sido en el año 1988, habiendo transcurrido casi 30 años desde aquel suceso y que este era un hecho ajeno a cada uno de los testigos, por lo que no existía justificación para que de forma tan exacta se recordaran unos acontecimientos como estos, coligiendo por tanto que las declaraciones de los testigos no fueron espontáneas.

Así mismo, se indicó que tampoco podía dársele credibilidad a la declaración extra juicio rendida por Fulbia Suarez, porque nadie podría crear su propia prueba o aprovecharse de ella, sin embargo, confeso que se había separado de cuerpos desde el 17 de junio de 2004, pese a que con posterioridad aclaró que continuaba viviendo en el mismo lugar, compartiendo, techo, lecho y mesa lo cierto, concluyendo que no acreditó la convivencia durante los últimos 5 años.

También se puntualizó que debía tenerse en cuenta que la Señora María del Carmen Becerra, aseguró que su hija le había contado que el Señor Mario Becerra no convivía con la Señora Fulbia sino con la Señora María Consuelo; se agrega a lo anterior, que en audiencia del 12 de junio de 2017, el despacho solicitó el expediente administrativo completo, de los señores Mario Becerra Carreño, María del Carmen Garzón Becerra y la señora Luz Consuelo Torres, los cuales registraban como dirección la transversal 18 H bis # 67b – 04, de lo que se extraía que al causante se le notificaban las decisiones del ISS en la dirección trasversal 18 Bis # 68 – 04, la que no coincide con la que registra la demandante en el libelo introductorio Transversal 18 H No. 67 b – 04, pero si con algunos documentos dirigidos por el causante al ISS, sin que pudiera desconocerse por el despacho que el inmueble podría tener dos direcciones, como narraron la mayoría de los testigos la casa era de dos pisos, de tal suerte, que el causante viviera en el primer piso y la demandante en el segundo o convivieran en el mismo inmueble no significaba que tuvieran una unión marital de hecho o que compartieran techo, lecho y mesa.

Además, de lo anterior, se destacó que en el expediente administrativo allegado por Colpensiones obraba derecho de petición del Señor MARIO BECERRA CARREÑO, de fecha 28 de mayo de 2008, en el que solicitó el incremento pensional del 14%, el cual le fue resuelto de manera negativa (fl. 77 y 78 del expediente administrativo) y que a folio 82 del expediente administrativo, se encontró copia de la sentencia que profirió el Juzgado 1 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso iniciado por el causante en el que se pretendía el incremento del 14%, en donde en los antecedentes de la decisión se citó que el actor había fundamentado su petición en *“que desde el año 2003 y hasta la fecha de la presentación de la demanda el actor y la señora Luz Consuelo Torres, han sido compañeros permanentes manteniendo una unión marital de hecho de manera pública y continua ... que la compañera permanente del demandante siempre ha dependido económicamente de el y no devenga pensión alguna ...*

manifiesta que la compañera permanente del demandante está inscrita como beneficiaria en salud de él en la EPS NUEVA EPS", indicándose que hecho el análisis dentro de ese proceso el Juzgado de conocimiento encontró acreditada la condición de compañera permanente de la señora Luz Consuelo Torres Castañeda y su dependencia económica respecto del Señor Mario Becerra, por lo que, condenó al ISS a reconocer y pagar al demandante el incremento del 14%, asimismo, se indicó que en el expediente administrativo, obraba certificación expedida por la Nueva EPS, donde constaba que el causante vinculó a la señora Torres Castañeda, al régimen de seguridad social en salud a partir del 1° de agosto de 2008.

Con base en lo anterior, se encontró acreditado que desde el año 2003 y hasta la fecha de fallecimiento del causante con quien convivió no fue con la señora FULBIA SUAREZ, por lo que no se accedería a sus pretensiones, adicionalmente, se enfatizó en que la Señora María del Carmen con el escrito que pretendía dar respuesta a la demanda manifestó que no le asistía interés sobre el reconocimiento pensional que se debatía y toda vez que la Señora Luz Consuelo Torres se encontraba representada por curador ad litem quien no presentó demanda por la calidad en la que actuaba, el despacho no estaba facultado para estudiar si las dos vinculadas tenían o no derecho a beneficiarse de la pensión de sobrevivientes del causante.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable realizar la sustitución pensional de la prestación de vejez que en vida ostentaba el Señor MARIO BECERRA CARREÑO (Q.E.P.D.) en favor de la demandante y en caso afirmativo si resultan procedentes las prestaciones derivadas de ello.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) el señor Mario Becerra Carreño, falleció el 3 de febrero de 2010, conforme se advierte del registro civil de defunción obrante a folio 10 del expediente; ii) que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció al causante pensión de vejez a partir del 18 de julio de 2004 en cuantía inicial de \$497.035, según se evidencia en la Resolución No. 0043138 del 30 de diciembre de 2005 visible a folio 12 y ss del plenario; y iii) que la demandante presentó reclamación administrativa ante el Instituto de Seguros Sociales, no obstante, se dejó en suspenso el reconocimiento de la sustitución pensional ante la controversia presentada al existir otras peticionarias señoras Luz Consuelo Torres Castañeda (compañera permanente) y María del Carmen Garzón de Becerra (Cónyuge), conforme se desprende de la Resolución No. 015837 del 17 de mayo de 2011, que reposa a folios 16 y ss del expediente.

Bajo los supuestos fácticos del expediente, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del Señor MARIO BECERRA CARREÑO, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (3 de febrero de 2010).

Así, se tiene que el **artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), contempla los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional en los siguientes términos:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Subrayas y negrita fuera de texto)

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)

De conformidad con lo señalado en la norma antes mencionada, la situación fáctica que se analiza se enmarca dentro del numeral 1° de la preceptiva legal analizada, pues el causante señor MARIO BECERRA CARREÑO, tenía la condición de pensionado.

A su turno, el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.² Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)”

² La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, declaró condicionalmente exequible “en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido”. Fallo inhibitorio en relación con la expresión “no existe convivencia simultánea y” por inepta demanda.

Como se observa de la norma transcrita, se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, el compañero y/o compañera permanente deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el mismo no menos de 5 años continuos con anterioridad a su muerte.

Sobre el tema conviene recordar lo expuesto recientemente por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL1399-2018 radicación No. 45779, en donde se indicó:

“(…)

2.3 La convivencia es un requisito exigible tanto en la hipótesis de muerte del pensionado como del afiliado

En sentencia SL 32393, 20 may. 2008, reiterada en SL793-2013 y SL1402-2015, la Corte explicó que a pesar de que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, alude al «pensionado», el requisito de la convivencia durante 5 años es exigible también ante la muerte del «afiliado», pues el artículo 12 de la citada ley «conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a ‘los miembros del grupo familiar’ del pensionado o afiliado fallecido», motivo por el cual no existe un principio de razón suficiente para establecer diferencias fundadas exclusivamente en una u otra calidad. Además, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho, en la forma descrita a continuación.

(…)

3. Convivencia singular del afiliado o pensionado fallecido con el cónyuge o compañero (a) permanente
a. Convivencia singular con el cónyuge

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

(…)

b. Convivencia singular con el(la) compañero(a) permanente

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante (…)”.

(…)

4. Convivencias plurales

a. Convivencia simultánea con el cónyuge y el(la) compañero(a) permanente.

El inciso segundo del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa que «en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo». Desde luego que esta norma debe comprenderse, aún antes de la sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el sentido de que además de la esposa o esposo, también es beneficiaria la compañera o compañero permanente, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

(...)

b. Convivencia simultánea con dos o más compañeros(as) permanentes

Si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no regula la situación relativa a la convivencia simultánea con dos o más compañeros (as) permanentes, la Sala, soportada en un juicio analógico, ha defendido la tesis de que también en esta hipótesis se genera el derecho a la pensión, dividida proporcionalmente entre los (as) compañeros (as) (...).

(...)

c. Convivencia no simultánea (o sucesiva) con el cónyuge separado de hecho y el(la) compañero(a) permanente

El último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 regula la situación del cónyuge que, a pesar de haberse separado de hecho y su pareja conformado una nueva familia, mantiene su contrato matrimonial activo. Aquí, la ley le da el derecho de concurrir, junto con el (la) compañero (a) permanente, a la proporción de la pensión de sobrevivientes en función al tiempo convivido, siempre que este no sea inferior a 5 años en cualquier tiempo.

(...)”

Descendiendo al caso objeto de análisis, se tiene que la demandante nació el 10 de febrero de 1964, tal y como puede advertirse de la copia de su cedula de ciudadanía visible a folio 13 del expediente, de lo que se colige que tenía más de 30 años para la fecha del deceso del causante, en esa medida la prestación a reconocer sería la vitalicia, ahora bien, como quiera que la demandante manifestó que convivió con el Señor MARIO BECERRA CARREÑO, desde el 29 de julio de 1988 y hasta la fecha de su fallecimiento, se procederá a analizar si se encuentra acreditada la convivencia mínima en los términos establecidos en la norma.

Así, procede la Sala a apreciar los medios de prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Colpensiones ante el requerimiento realizado por el Juzgado allegó el expediente administrativo completo de MARIO BECERRA CARREÑO,

MARIA DEL CARMEN GARZÓN y LUZ CONSUELO TORRES (fl. 125), en el que reposan, entre otros, los siguientes documentos relevantes:

- Providencia expedida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de diciembre de 2009, de la que resultan relevantes los siguientes apartes:

“(…)

JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

REF : ordinario N. 0311/2019
DE : MARIO BECERRA CARREÑO
CONTRA : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

(…)

SENTENCIA

El señor MARIO BECERRA CARREÑO, por medio de apoderado judicial demanda al instituto de seguros sociales con el objeto de que mediante el trámite del proceso ordinario laboral de primera instancia se prefieran a su favor las declaraciones y consecuencias que a continuación se relacionan:

1. *Que se declara que el señor MARIO BECERRA CARREÑO tiene derecho que el instituto de seguros sociales le reconozca y pague el incremento pensional del 14% consagrado en el numeral 13 del artículo 21 del decreto 758 de 1990 por su compañera permanente señora LUZ CONSUELO TORRES CASTAÑEDA que depende económicamente de él y no disfruta de una pensión.*

(…)

ANTECEDENTES

La parte actora fundamenta las pretensiones de la demanda afirmando para ello que es del año 2003 y hasta la fecha de la presentación de la demanda el actor y la señora Luz Consuelo Torres Castañeda han sido compañeros permanentes, manteniendo una unión marital de hecho de manera pública y continua, que desde la unión hasta la fecha de la presentación de la demanda la pareja ha sostenido la misma y han convivido siempre bajo el mismo techo compartiendo lecho y mesa, que la compañera permanente el demandante siempre ha dependido económicamente de él y no devenga pensión alguna (...).

- Declaración juramentada No. 3700, rendida por **Fulbia Suárez González**, el 10 de marzo de 2010, ante el Notario 70 del círculo de Bogotá, en la que se registra como domicilio de la declarante la siguiente dirección: Transversal 18 h bis N. 68 c - 04 Sur, en donde se indicó:

(…)

TERCERO: MANIFIESTO BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO QUE CONVIVI EN UNIÓN MARITAL DE HECHO DE MANERA PERMANENTE E

ININTERRUMPIDA BAJO EL MISMO TECHO DESDE EL 29 DE JULIO DE 1988, CON EL SEÑOR **MARIO BECERRA CARREÑO** IDENTIFICADO EN VIDA CON CÉDULA DE CIUDADANÍA **17.100.907** EXPEDIDA EN BOGOTÁ, HASTA EL 17 DE JUNIO DE 2004, FECHA EN LA CUAL NOS SEPARAMOS DE CUERPO, DECLARÓ QUE EL SEÑOR EN MENCIÓN CONVIVIÓ BAJO EL MISMO TECHO CON SUS HIJOS Y CONMIGO HASTA EL 3 DE FEBRERO DE 2010 DÍA DE SU FALLECIMIENTO. DE CUYA UNIÓN PROCREAMOS DOS HIJOS DE NOMBRES **YEIMMY YANIRA BECERRA SUÁREZ**, DE 19 AÑOS DE EDAD, DE ESTADO CIVIL SOLTERA Y DE OCUPACIÓN ACTUAL UNIVERSITARIA Y **ÁNGEL GIOVANNI BECERRA SUÁREZ**, Y 14 DE AÑOS DE EDAD, AMBOS PLENAMENTE CAPACES. MANIFIESTO QUE MIS HIJOS Y YO DEPENDIAMOS 100% ECONÓMICAMENTE DEL SEÑOR **MARIO BECERRA CARREÑO**.

(...)

- Acta declaración extraproceso No. 5368, rendida por **Luz Consuelo Torres Castañeda**, el 26 de marzo de 2010, ante el Notario séptimo del círculo de Bogotá D.C., en dónde la que se registra como domicilio de la declarante la siguiente dirección: transversal 18 H bis # 67b - 04, en la que se señaló:

“(…)

PRIMERO: Que viví en unión libre con el(la) señor(a) MARIO BECERRA CARREÑO, quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía número No. 17.100.907 expedida en Bogotá y convivimos bajo un mismo techo, compartimos techo, lecho y mesa de forma permanente e ininterrumpida durante 9 años y 11 meses, desde el 27 de febrero de 2000 hasta el momento de su fallecimiento qué ocurrió el día 3 de febrero de 2010.

SEGUNDO: Que de dicha unión no hubo hijos.

(...)”

- Acta de declaración con fines extraprocesales rendida por **María del Carmen Garzón de Becerra**, el 13 de julio de 2010, ante la Notaria 68 del círculo de Bogotá, de la que resultan relevantes los siguientes apartes:

“(…)

SEGUNDO.- Declaró bajo la gravedad de juramento lo siguiente.

*Que fui casada y conviví en forma permanente por 44 años desde el 20 de junio de 1965, al 3 de febrero de 2010, con el señor **MARIO BECERRA CARREÑO**, quien falleció el 3 de febrero de 2010, en la ciudad de Bogotá, yo dependía económicamente y en todo sentido de mi fallecido esposo, del hogar hay tres (3) hijas de nombres **LUZ MIREYA, CLAUDIA AZUCENA** y **ANA DORIS BECERRA GARZÓN**, respectivamente mayores de edad.*

TERCERO. - Declaro que mi esposo el señor **MARIO BECERRA CARREÑO** y yo, nos casamos el 20 de junio de 1965 y compartimos techo lecho y mesa en la Carrera 78 C No. 42 C 24 Sur del Barrio Palenque de la localidad de Kennedy de la ciudad de Bogotá, hasta el 3 de febrero de 2010, día del fallecimiento. Declaro que el señor **MARIO BECERRA CARREÑO** tuvo cuatro (4) hijos extramatrimoniales, actualmente mayores de edad, no tuvo hijos adoptivos, ni por reconocer, ni persona alguna con igual o mejor derecho a reclamar que el que me corresponde como su legítima esposa.

(...)”

- Certificación de afiliación expedida por la NUEVA EPS S.A. el 19 de marzo de 2010, en la que se certifica la afiliación del señor Mario Becerra Carreño desde el 1° de agosto de 2008, en calidad de cotizante cabeza de familia registrándose como beneficiaria a la señora Luz Consuelo Torres Castañeda.

Dentro del acervo probatorio recaudado en el proceso, se recepcionaron a solicitud de la parte actora los testimonios de **Alcira López Rojas** (quien manifestó que conoció al causante porque fue compañero de trabajo de su esposo y fue compañera de estudio de Fulbia), **Martha Angelica Pérez Rodríguez** (quien refirió que conoció al causante porque vivían cerca), **José Miguel Lozano Tibana** (quien señaló que conoció al causante desde 1965 -1970 por ser compañeros de trabajo, trabajando con este hasta 1992), **Antonio Capera Muñoz** (quien indicó que conocía al causante desde hacía 32 años porque eran vecinos y el padrino de la hija), los cuales no fueron tachados de sospechosos, siendo coincidentes en señalar que el causante y la señora Fulbia convivían juntos desde 1984 -1988 hasta la fecha de fallecimiento del Señor Becerra (febrero de 2010), que el barrio donde esta pareja convivía era el lucero, en una casa de 2 pisos, que de dicha unión se procrearon 2 hijos y que no se presentó separación entre estos, así mismo, fueron claros en señalar que no conocieron de un matrimonio anterior que hubiese tenido el señor Mario Becerra, tampoco conocieron a la Señora María del Carmen Garzón ni a la señora Luz Consuelo Torres, ni tuvieron conocimiento que el causante tuviera hijos diferentes a los procreados con la Señora Fulbia.

Igualmente, se recepcionaron los interrogatorios de parte de Fulbia Suarez y María del Carmen Garzón, la Señora **Fulbia Suarez**, en su interrogatorio, indicó que no tenía conocimiento que el causante hubiese contraído matrimonio con la Señora María del Carmen Garzón, que tampoco conocía a la Señora Luz Consuelo Torres, que el causante solo tuvo los 2 hijos que en común procrearon, no obstante, al preguntársele quien había sufragado los gastos funerarios del causante indicó que había sido un muchacho que dijo haber sido hijo del Señor Mario Becerra y que durante su convivencia se separaron como 15 días de habitación por un disgusto, por su parte, la señora **María del Carmen Garzón**, en el

interrogatorio manifestó que era viuda del Señor Mario Becerra, que ella recibía pensión de vejez por parte de Colpensiones, que tuvo 3 hijas con el causante, que el causante tuvo 2 hijos con una empleada que ella tuvo de nombre ANA y 2 con Fulbia, pero no conocía los de Fulbia, que uno de esos hijos que ella conocía se llama Mario Becerra, que fue quien asumió las gastos funerarios y que con él si tenían relación porque visitaba a sus hijas, que él causante vivía en el sur aunque no recordaba la dirección ni conocía el barrio, que el señor Mario Becerra vivía con Consuelo, que escuchó que éste vivió con ella durante 10 años de acuerdo con lo que le indicó su hija mayor Mireya quien iba a visitarlo a la casa, pero que ella nunca fue allá donde él vivía, pues el causante era el que venía a visitarla para que le prestara dinero y que fue ella quien le pagó las ultimas planillas sino el causante no estaría pensionado, también precisó que ellos liquidaron la sociedad pero no recordaba donde y cuando se hizo, que convivió con el Señor Mario Becerra hasta el año 1989, luego de lo cual el causante no siguió manteniendo el hogar.

Finalmente, se recibió el testimonio de **Luz Mireya Becerra Garzón** (hija del causante y la señora María del Carmen Garzón), la cual en su declaración manifestó que a la señora Luz Consuelo Torres, la conocía porque los visitaba refiriéndose a ella y a su padre, los sábados cada 8 días, pero que desde falleció el causante no tenía relación con la misma, también, manifestó que no conoció a la señora Fulbia, que cuando ella llegaba a la casa siempre llegaba era al primer piso donde convivía su padre con la señora Consuelo, que en la casa vivía también la suegra de su papá y un hijo de Consuelo y antes también una hija de ésta, que en el segundo piso vivía Fulbia y los hijos, al cuestionársele porque dijo que no conocía a la señora Fulbia, manifestó que porque su papá le había dicho que ella vivía ahí pero ella nunca subía allá, que su papa tuvo 2 hijos con Fulbia de nombres Yeimmy y Giovanni, que su padre le contó que dejó de convivir con Fulbia porque peleaban mucho, así mismo, al cuestionársele, por el tiempo que llevaba conviviendo con la señora Luz Consuelo esta indicó que su papa le había dicho que 10 años, que cuando murió su papa vivía en el primer piso de la casa, que su padre no convivía con ambas sino con Consuelo ya que fulbia vivía con sus hijos en el segundo piso, que tenía afiliada en salud a la señora Consuelo que sabía

de ello porque cuando su padre iba a visitarla le contaba que ambos iban a que los atendieran al mismo sitio, que la Señora Consuelo y su padre vivían de la pensión que éste recibía y que toda la casa era del mismo, pero que después de la muerte apareció un registro en donde figuraba a nombre de la señora Fulbia y los 2 hijos de ésta. Finalmente, indicó que desde la separación de sus padres ella continuó sosteniendo una buena relación con su padre, se ponían citas para verse, aunque refirió que nunca fue a visitarlo cuando estaba conviviendo con la señora Fulbia, y que en ese tiempo como a su padre le gustaba tomar a veces se quedaba en su casa.

De lo anterior, lo primero que se puede colegir es que el causante señor Mario Becerra Carreño, en vida tuvo varias relaciones sentimentales, entre las cuales se destaca un matrimonio (María del Carmen Garzón) y 2 convivencias (Fulbia Suarez y Luz Consuelo Torres), así como que tuvo 7 hijos.

No obstante, al valorar los testimonios rendidos se advierte que existen declaraciones que favorecen tanto a la señora Fulbia Suarez como a la señora Luz Consuelo Torres, en su convivencia con el causante durante los últimos 5 años anteriores a la muerte del Señor Mario Becerra, no obstante, se evidenciaron algunas suspicacias en los mismos, pues en las declaraciones de Alcira López, Martha Angelica Pérez, José Miguel Lozano y Antonio Capera, derivadas por ejemplo de que no se tuviera conocimiento del matrimonio que el causante sostuvo con la Señora María del Carmen Garzón, ni se conociera a la señora Luz Consuelo Torres ni se tuviera conocimiento de la existencia de los otros hijos del causante, cuando refirieron conocer al Señor Mario Becerra de tiempo atrás y tener relaciones con este de estrecha cercanía, máxime cuando en las declaraciones extrajucio que fueron allegadas por la Señora Fulbia Suarez y la Señora Luz Consuelo Torres ante Colpensiones a efectos de obtener el reconocimiento pensional se registra como dirección de residencia prácticamente la misma, reconociéndose por la testigo Luz Mireya que la demandante y la señora Luz Consuelo vivían en una misma

casa en pisos diferentes y en unidades independientes, y que la testigo Luz Mireya Becerra (hija del causante), no conociera a la Señora Fulbia ni tuviera conocimiento del tiempo de la convivencia de su padre con la misma.

Ahora bien, dentro del expediente administrativo allegado por Colpensiones obra copia de la sentencia expedida por el Juzgado 1° laboral del Circuito, que da cuenta que el causante Señor MARIO BECERRA CASTAÑEDA, solicitó el reconocimiento del incremento del 14% por su compañera a cargo, señora LUZ CONSUELO TORRES, contemplándose en los antecedentes que el actor había fundamentado sus pretensiones en que desde el año 2003 y hasta la fecha de la presentación de la demanda (que por el número de radicación del proceso se colige que fue en 2009) él y la señora LUZ CONSUELO TORRES han sido compañeros permanentes, manteniendo una unión marital de hecho de manera pública y continua, lo cual además, se acompasa, con el hecho que la Señora TORRES figure como beneficiaria en salud del causante, conforme se desprende del certificado de afiliación expedido por la NUEVA EPS (que también obra en el expediente administrativo), actuaciones que conducen a determinar que quien era la compañera permanente del Señor MARIO BECERRA, por lo menos, entre el año 2003 y el año 2009, era la señora LUZ CONSUELO TORRES, sin que pueda pasarse por alto que en la declaración extrajuicio rendida por la misma demandante, el 10 de marzo de 2010, esta reconoció que convivió con el causante desde el 29 de julio de 1988 hasta el 17 de junio de 2004, fecha en la que se habían separado de cuerpos y si bien se señala que convivieron bajo el mismo techo hasta el día de su fallecimiento, debe tenerse presente que de acuerdo con el testimonio rendido por Luz Mireya Becerra, esta residía en el piso de arriba de la casa en la que también vivía el causante y la Señora Luz Consuelo, desvirtuándose así la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante con la demandante, pues aunque estos vivieran en una misma ubicación geográfica, vivían en espacio independientes y en todo caso que se tratara de una mismas casa per se no genera una comunidad de vida, máxime cuando se encuentra acreditado que el mismo causante hizo un reconocimiento expreso ante

instancias judiciales de quien era su compañera con todo lo que ello acarreaba.

Así, al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios que se practicaron a lo largo del proceso, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, pues no existe en el plenario, elemento de convicción alguno de donde se pueda colegir que la demandante estuvo conviviendo con el causante dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del mismo, lo cual de manera inexorable conduce a la absolución de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, como lo determinó el a quo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


IORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end. The signature is stylized and somewhat abstract.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA MARIA POVEDA CONTRERAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 004 2019 00720 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Colpensiones y Porvenir S.A y Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2021.

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

PORVENIR, solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que

no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP es eficaz.

A su vez la parte demandante por medio de su apoderado judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, destacó el fenómeno jurídico de la carga de la prueba, desarrollado jurisprudencialmente, sobre a qué sujeto procesal corresponde asumir la obligación procesal de demostrar el deber de información, no siendo otro que a cargo de los fondos de pensiones en este caso Porvenir S.A., y Protección S.A.

Y por último Colpensiones por medio de su apoderada judicial solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la demandante pretendió se declarará la nulidad del traslado realizado del régimen de prima media al de ahorro individual y no la ineficacia.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 16 de febrero de 1962, informó que estuvo afiliada al Seguro Social desde el 29 de diciembre de 1988, hasta el 1 de abril de 1997, fecha en se trasladó a Protección S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la suficiente información para tomar una decisión, posteriormente en el mes de octubre de 1997, realizó un traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 15 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 1,4,25, 48,53 de la Constitución Nacional y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N°47125 del 27 de septiembre de 2017, 31989 del 9 de septiembre de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 63 a 83, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que las pretensiones carecen de fundamento factico, debido a que las pruebas aportadas al proceso se encuentra que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, falta de causa para pedir y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 111 a 123, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el acto jurídico es plenamente valido, emanado de la voluntad de la actora y del que nacieron obligaciones para ambas partes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema y la genérica.

PORVENIR dio contestación como aparece de folios 143 a 172, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la afiliación de la actora con la AFP fue producto de una decisión libre e informada, después de haber recibido una asesoría amplia sobre las implicaciones de su decisión. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2021, el Juzgado Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE LA AFILIACION que hiciera la demandante Martha María Poveda Contreras al RAIS que en su caso

administra PROTECCION SA, para tenerla válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A a trasladar COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con su correspondientes rendimientos y gastos de administración y comisiones debidamente indexado.

TERCERO: ORDENAR a las demás entidades del RAIS es decir PROTECCION S.A a cancelar la diferencias que llegasen a resultar de entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el régimen de prima media con prestación definida si fuere el caso, los cuales serán asumidos por el propio patrimonio, incluidos los gastos, cuotas de administración y comisiones debidamente indexadas para tal efecto se conmina a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, para que realice las gestiones necesarias para obtener el pago de dichas sumas si a esto hubiese lugar.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, aceptar el traslado de la actora al régimen de prima media con prestación definida, entidad que deberá resolver la solicitud pensional que le presente la afiliada.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, fíjense las agencias en derecho en la suma \$ 300.000 a cargo de PROTECCIÓN S.A y de \$600.000a cargo de PORVENIR SA.

SEPTIMO: SE CONCEDE el grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia han defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad implica dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque las condenas impuestas al Fondo, teniendo en cuenta que dentro del presente proceso la demandante omitió las obligaciones que tenía como consumidora financiera, ya que el desconocimiento de

cualquier disposición no es argumento válido para alegar una nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes, adicionalmente resalto la sentencia SL3752 de 2020, la cual manifestó que existen actos que dan certeza respecto de la convicción del afiliado de querer continuar con su afiliación vigente en el régimen de ahorro individual con solidaridad, como son los traslados horizontales.

PROTECCIÓN S.A., por medio de su apoderado judicial interpuso recurso de apelación en relación a la condena del traslado de los gastos de administración y de seguro previsional al régimen de prima media, al considerar que dichos gastos de administración durante el tiempo que la afiliada estuvo en la AFP tuvo unos rendimientos significativos que posteriormente fueron trasladados a Porvenir, descuentos que afirmó fueron legales, por lo que señaló que el fondo actuó de buena fe y administro de manera correcta y oportuna la cuenta de ahorro individual de la accionante, por lo que no considera el traslado de esos referidos rendimientos.

Y a su vez PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación con fundamento en que no se tuvieron en cuenta las manifestaciones realizadas por la demandante, ya que al momento de las diferentes traslados que realizó los mismos se efectuaron con acompañamiento de un asesor el cual le brindo la información que era exigida por las normas correspondientes al momento de los mencionados traslados, no pudiéndose exigir requisitos adicionales, además de ello resaltó la sentencia SL 3752 del 15 de septiembre de 2020, así como también manifestó su informalidad respecto de la orden de incluir los gastos de administración, ya que dichos gastos se causaron como consecuencia de unos rendimientos que fueron generados por la actuación de los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro de individual.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folios 124, 125 y 173 se evidencian los siguientes formularios de afiliación de los siguientes fondos de pensiones:

- PROTECCIÓN S.A, el 28 de febrero de 1997.
- COLMENA, el 1 de octubre de 1997.
- PORVENIR S.A., el 19 de diciembre de 2012.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1997, en su lugar de trabajo unos asesores de Protección S.A., le informaron que los ingresos en el momento de que obtuviera una pensión serían superior a la que tendría en el Seguro Social, así como también que cada persona tiene su cuenta y que el Seguro Social se iba a liquidar, en razón a ello decidió llenar el formulario de afiliación. Posteriormente realiza traslado horizontal a Porvenir S.A.

Así las cosas, pese a que obra formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 15 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEÑA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [unclear]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ROSALBA RAYO OVIEDO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES; SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS
PROTECCION S.A.

RADICADO: 11001 3105 009 2019 00110 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2021.

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

COPENSIONES por medio de su apoderado judicial solicitó se revoque la decisión de instancia al considerar que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, ya que no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, además de ello señaló que para el momento en que se realizó el traslado los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada.

A su vez PORVENIR señaló que el traslado que realizó la demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó a la Sociedad Davivir hoy Protección S.A., así como también el que efectuó con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 28 de agosto de 1960. Sostuvo que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 25 de julio de 1984 hasta el mes de junio de 1999, fecha en que se trasladó a Porvenir, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional; los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados

N°33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014, 31989 del 9 de septiembre de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 90 a 105, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado de régimen que efectuó la demandante se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, razón por la cual se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad de traslado, imposibilidad de efectuar la activación de la afiliación, buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 147 a 163, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que en que se trata de una afiliación valida, ya que no existe vicio del consentimiento en la afiliación suscrita el 18 de junio de 1999, al haber sido suscrita por la actora de manera libre, voluntaria e informada. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 180 a 203, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que en que la demandante no aporta prueba alguna que acredite el engaño, con el que pretende hacer valer la nulidad del traslado del régimen pensional, en atención a que la información entregada fue clara, veraz y oportuna tal y como lo estipula el numeral 1 del artículo 97 del Decreto N° 663 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de marzo de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, ROSALBA RAYO OVIEDO, entre el RPM administrado por el entonces ISS, hoy Colpensiones; al RAIS administrado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, el 18 de junio de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual de la demandante ROSALBA RAYO OVIEDO y que llegaron a esos fondos en los periodos que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN y PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, de acuerdo con las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de Protección S.A., tásense por Secretaria. Fijense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV de conformidad con lo considerado.

SEXTO: Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

Como fundamento de su decisión, argumentó que el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993 estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones será libre y voluntaria por parte del afiliado, a su vez que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispuso que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral la afiliación respectiva quedará sin efectos y podrá realizarse nuevamente de manera libre y voluntaria por parte del trabajador. Así mismo, que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, disposición que resulta aplicable

a las Administradoras de Fondos de Pensiones desde su creación prescribió el deber de información. Por otro lado, señaló que en reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia entre ellas las sentencias SL 12136 de 2014, y SL 4426 de 2019, que siguieron los derroteros expuestos en las decisiones 1452, 1688 y 1689 de 2019, en las que se recodó que desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Información necesaria que alude a: descripción de características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación al considerar que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, ya que no hay una expectativa legítima para la actora, comoquiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión así como tampoco era beneficiaria al régimen de transición para acceder a su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la SU 130 del 2013, por lo que la actora deberá someterse a los mandatos del Sistema General de Pensiones en el régimen en el que se encuentra afiliada.

Apoderada de Protección S.A., presentó recurso de apelación contra la orden impuesta en sede de primera instancia en razón con la condena de devolver los gastos de administración descontados por la AFP durante el corto tiempo que la demandante estuvo afiliada, teniendo en cuenta que se trata de gastos debidamente autorizados por la ley que tuvieron como finalidad la de administrar y que la demandante tuviera sus rendimientos financieros de los cuales se ha venido lucrando durante el tiempo de la afiliación y aceptar la devolución de dichos dineros significaría un enriquecimiento sin justa causa.

A su vez el apoderado de Porvenir interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque todas y cada una de las condenas proferidas en contra de la AFP con fundamento en que difiere de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional declarada por la Juez primigenia al considerar que la accionante tuvo conocimiento de la información necesaria para decidir si se quedaba vinculada al régimen de ahorro individual o si se trasladaba al régimen de prima media antes de cumplir los 47 años, aunado a ello señaló que en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que ese deber de información debe ser visto de acuerdo al exigible para el momento en que se realizó el traslado de régimen pensional, que para el caso en concreto fue en el año 1999 y un traslado horizontal efectuado en el año 2002, que se encontraba estipulado en el numeral primero del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, luego resaltó que se cumplió con ese deber de información, además de ello sostuvo que del interrogatorio de parte no se observó presión o coacción para trasladarse de régimen pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

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

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

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

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

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

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para

dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folio 138 y 370 se evidencia formulario de afiliación a Davivir hoy PROTECCIÓN S.A., el 18 de junio de 1999 y posteriormente traslado horizontal a PORVENIR S.A. el 21 de diciembre de 2001.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en su lugar de trabajo unos asesores de Davivir hoy Protección S.A, le informaron que se podría pensionar de manera anticipada, así como también que el Seguro Social se iba a liquidar y que por tal razón se iba a quedar sin pensión, posteriormente en el año 2001, decidió trasladarse a Porvenir S.A., debido a que obtendría una mejor rentabilidad.

Así las cosas, pese a que obra formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del

traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALBA CECILIA GRANADOS SALAZAR contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 010 2019 00031 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Protección S.A., y el grado jurisdiccional de consulta por parte de Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de febrero de 2021.

En esta instancia se recibió alegato remitido por el apoderado de la parte demandante por medio del cual señalo que ratifica los alegatos de conclusión presentados en primera instancia así como también que en el presente caso el artículo 272 de la Ley 100 de 1993 en armonía con el artículo 53 de la Constitucional Nacional son aplicables, toda vez que el

contrato de afiliación la AFP, no tiene eficacia o validez si afecta los derechos de la actora al existir un eminente riesgo de su derecho pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones ING. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PROTECCIÓN S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada y cotizando en pensiones al Seguro Social desde el 6 de octubre de 1982, hasta el año 2000, fecha en que se trasladó a ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 13 de la Constitución Nacional; la Ley 100 de 1993; la Ley 797 de 2003, el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 46292 de septiembre de 2014, y 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 70 a 74, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado que realizó la actora del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene plena validez. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones y inexistencia de la obligación.

PROTECCIÓN S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 93 a 99, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que el contrato de afiliación celebrado entre ING hoy Protección es plenamente válido y

produjo efectos jurídicos. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante señora ALBA CECILIA GRANADOS SALAZAR al fondo privado AFP ING PENSIONES Y CESANTÍAS HOY ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., realizada el 14 de febrero de 2000, y por ende el traslado de régimen del prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad de la demandante ALBA CECILIA GRANADOS SALAZAR al régimen de prima media hoy administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora ALBA CECILIA GRANADOS SALAZAR al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido y se encuentren en la cuenta individual con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, si existen, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados , y realizar la devolución de los gastos o cuotas de administración debidamente indexados, con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, tendrá un término de 15 días a partir de la ejecutoria de esta sentencia, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora ALBA CECILIA GRANADOS SALAZAR, provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y de la devolución de cuotas y gastos de administración provenientes de ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., debe revisar que la devolución se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral del demandante para efectos de pensión.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la AFP PROTECCION conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A y a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$800.000.

SEPTIMO: de no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. “

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que es necesario que la administradora del fondo de pensión demuestre que ha cumplido con el deber de información y de buen consejo, al haber dado una asesoría personalizada y completa al potencial afiliado, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, y que se da una inversión de la carga de la prueba en cabeza de los fondos de pensiones quienes son los llamados a demostrar dentro del proceso que efectivamente cumplieron con ese deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial en cuanto a los gastos de administración con fundamento en que durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada la AFP administro los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, y debido a que en el presente caso se declaró la ineficacia del traslado únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655**

01, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que una asesora de ING hoy Protección S.A., le informó que el Seguro Social se iba a liquidar, así como también que al estar en un fondo privado iba a obtener una pensión más alta, por dicha información decidió trasladarse de régimen pensional.

Así las cosas, de los medios probatorios arrimados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones

suministro a la posible afiliada las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAVIER OSWALDO MUÑOZ DEL VALLE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 11001 3105 012 2018 00694 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colfondos S.A., y el grado jurisdiccional de consulta por parte de Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de marzo de 2021.

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

El apoderado de la parte demandante solicitó se concedan las pretensiones de la demanda al considerar que la actora tiene derecho a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 5 de agosto de 1994, con Davivir hoy Protección S.A., y posteriores traslados entre AFP, ya que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como desventajas de uno y otro sistema de pensiones.

A su vez PROTECCIÓN señaló que todas las actuaciones realizadas por las AFP siempre han sido precedidas por la buena fe y la legalidad, es por ello que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por la Entidad lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo estipula el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó el 5 de agosto de 1994, con el Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Davivir hoy Protección S.A., así como también el que efectuó del 25 de agosto de 2003, a Colfondos S.A y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se trasladó del Instituto de los Seguros Sociales al Fondo Privado Davivir hoy Protección el 5 de agosto de 1994, sin que el asesor comercial le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de estar en uno y otro régimen pensional, situación que igualmente sucedió al trasladarse el 25 de agosto de 2003.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional; los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N°33083 del 22 de noviembre de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 89 a 91, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, ya que el mismo se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones dejando sin certeza lo estipulado en el escrito de demanda. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 97 a 103, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que el traslado que realizó el actor con la AFP es válida, toda vez que se desarrolló con el cumplimiento de todos los requisitos legales, sin que existan vicios del consentimiento. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 138 a 152, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que acto jurídico de afiliación es plenamente válido emanado de la voluntad del actor y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, el cual no puede ser desvirtuado mediante afirmaciones indeterminadas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Colfondos, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de marzo de 2021, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por JAVIER OSVALDO MUÑOZ DEL VALLE del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Colfondos, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la AFP COLFONDOS Y PROTECCIÓN a favor del demandante, en la suma de \$1.000.000, cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, argumentó que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que existe la obligación de la AFP de brindar la información a los posibles afiliados y esta debe ser clara , cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, el cual es aplicable sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, dado que la violación del deber de información se predica frente la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en relación al numeral segundo de la parte resolutive en consideración a los gastos de administración, todas vez que en sentencias citadas por el Juzgador primigenio no señalan que los mismos hagan parte de la estabilidad financiera del sistema, cuando el demandante se lucro de la buena administración que tuvo la AFP durante el tiempo que estuvo afiliado al fondo, aunado ello señaló

que el no descontar esos gastos de administración va en contra vía de los señalado en el artículo 1746 del Código Civil

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folios 105 y 164 se evidencian formulario de afiliación a DAVIVIR S.A hoy PROTECCIÓN S.A., el 5 de agosto de 1994 y posteriormente a COLFONDOS S.A., el 25 de agosto de 2003.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 1994, recibió en su lugar de trabajo unos asesores de Davivir, los cuales le informaron que el Seguro Social iba a liquidar y que obtendría unos beneficios al trasladarse de fondo de pensiones como el pensionarse de manera anticipada, con un valor mayor o igual que el ISS, posteriormente en el año 2003, se trasladó a Colfondos S.A., en razón a la asesoría brindada en ese momento en donde le señalaron que sería atendido de mejor manera.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los

cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA VIDALIA PORTILLA GAMBOA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 012 2020 00223 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir SA., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de abril de 2021.

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

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen, ya que de conformidad con las pruebas practicadas en el juicio, los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara, comparada y oportuna a la actora durante la etapa precontractual del traslado de régimen.

PORVENIR manifestó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y Protección S.A., y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se afilió a los Seguros Sociales el 17 de mayo de 1989 hasta el 25 de mayo de 1999, fecha en que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., el 10 de diciembre de 1999, se trasladó a Colmena S.A., hoy Protección S.A., y posteriormente el 12 de septiembre de 2008 a Porvenir sin que los asesores de los Fondos le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional, el artículo 90 de la Ley 100 de 1993, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, Acto Legislativo 01 de 2005, los artículos 2, 9 y 10 Ley 797 de 2003, los artículos 1, 2, 25, 26 y 70 del Código Procesal del Trabajo y la S.S.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación por medio de comunicación N° BZ 2020_9944943, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado que realizó la accionante se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido por haberse realizado

conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa.

PROTECCIÓN S.A., efectuó contestación con radicado N° 2020_515372 en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que la afiliación que realizó la accionante es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, Genérica, inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de abril de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante MARÍA VIDALIA PORTILLA GAMBOA celebrada en su momento con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de 25 de mayo de 1999, y las subsiguientes con Colmena hoy Protección 10 de diciembre de 1999, y con la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir 12 de septiembre de 2008.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a la devolución de saldos aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante MARÍA VIDALIA PORTILLA GAMBOA con destino a COLPENSIONES, así como también ordenar la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales, rendimientos y gastos de administración, ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas de la demanda; a PROTECCIÓN de todas y cada una de las mismas.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR y por COLPENSIONES.

SEXTO: SIN CONDENAS EN COSTAS, en la instancia.

SEPTIMO: En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que existe la obligación de la AFP de brindar la información a los posibles afiliados y

esta debe ser clara , cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, el cual es aplicable sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, dado que la violación del deber de información se predica frente la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con fundamento en que no le asiste razón al fallador de instancia en declarar la ineficacia del traslado, toda vez que de acuerdo a la Circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera, la cual tenía como única exigencia para tener como valido el traslado pensional que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, de manera que la AFP cumplió con las obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora en el RAIS ha sido una decisión libre, voluntaria e informada , ratificado a su vez en el tiempo, señaló que en relación a los gastos de administración no es procedente la devolución de los mismos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2 y 20 de la Ley 100 de 1993, ya que dichos gastos no forman parte de la pensión de vejez por lo tanto son sujetos a la prescripción, además la Superintendencia de Colombia de manera expresa manifestó que en los eventos en que procediera la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena impuesta en primera instancia con fundamento en que está demostrado en los medios probatorios que hubo un traslado horizontal de la actora en más de una ocasión en el RAIS, razón por la cual de acuerdo a la sentencia 3752 de 2020, se configuro la causal teniendo como apego tal situación, adicional a lo anterior solicitó adicionar la sentencia en cuanto a la devolución de gastos de

administración, seguros previsionales, pagos efectuados en el fondo de pensión mínima.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible en el presente proceso se observa formulario de afiliación a Colmena S.A hoy Protección S.A., en el mes de mayo de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1999, recibió en su lugar de trabajo un asesor de Porvenir S.A., el cual le informó que el Seguro Social iba a liquidar, así como también le señaló que no se preocupara por las semanas cotizadas por el Seguro Social ya que la AFP se encargaría de velar por la pensión, posteriormente se trasladó a Colmena.

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

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

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera

instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA ADRIANA PEREZ ESTEBAN COLPENSIONES Y OTROS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 015 2019 00698 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta., frente a la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de marzo de 2021.

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

La parte demandante por medio de su apoderado judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que el fenómeno jurídico de la carga de la prueba, desarrollado jurisprudencialmente, determina que los fondos de pensiones son los sujetos procesales que les

corresponde asumir la obligación de demostrar el deber de información, tanto en las etapas previas como en las posteriores al traslado.

A su vez PORVENIR señaló que el traslado que realizó la accionante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual se efectuó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, ya que en dicho documento prueba la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad del traslado que realizó al Fondo de pensiones Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A y los traslados horizontales realizados entre las Administradoras de Fondos Privados y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 22 de diciembre de 1963, señaló que se afilió al Seguro Social en el mes de diciembre de 1984, hasta el mes septiembre de 1994, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., y posteriormente a los fondos Porvenir S.A y Protección S.A., sin que los asesores de dichos Fondos le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1,9,13,14, 15,19 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 25 y 53 de la Constitución Política y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia bajo los radicados N° 31989 del 9 de septiembre de 2008,47125 del 27 de septiembre de 2017, 31989 del 9 de septiembre de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 96 a 103, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que el fondo al que se trasladó la demandante es el encargado de corroborar o controvertir las acusaciones que hace la actora

en el libelo introductor. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 121 a 147, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional de la demandante se brindó información veraz, toda vez que se le explicaron las características técnicas del Régimen de Ahorro Individual que se encuentran estipulados en la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folio 183, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la AFP cumplió con su deber de asesorar y acompañar a la actora y en ningún momento engaño ni obligo a afiliarse, ya que se le suministró una asesoría completa, veraz y profesional basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de marzo de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la señora CLAUDIA ADRIANA PEREZ ESTEBAN, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual el día diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) a través de la AFP INVERTIR FUTURO PENSIONS, luego que asumió dichas obligaciones Horizonte y hoy es presentado sus intereses por parte de Porvenir, y como consecuencia de lo anterior ORDENAR al fondo PROTECCIÓN, donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante, traslade los

recursos y sumas que obran en la cuenta de ahorro individual más sus rendimientos, al Régimen de Prima Media a través de la administradora COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado, dada la consecuencia natural de dicha ineficacia. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta”

Como fundamento de su decisión, argumentó en primer lugar la ilegalidad del traslado de la demandante con fundamento en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 39772 del 2010, ya que no se cumplió con el periodo de permanencia mínima; así como también señaló la tesis de ineficacia del traslado de la H. Corte Suprema de Justicia por medio de la cual expone que la carga de la prueba está en cabeza del fondo, ya que el mismo tiene la obligación de acreditar que informó sobre las características de los dos regímenes, en consecuencia hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folios 158, 160, 161 y 183 se evidencian los siguientes formularios de afiliación:

- Invertir Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, el 19 de octubre de 1994.
- Colpatria S.A., el 6 de julio de 1998.
- Protección S.A., el 21 de enero de 2002.
- Horizonte S.A., el 15 de noviembre del 2002.
- Colpatria S.A., el 12 de diciembre de 2007.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1994, en su lugar de trabajo que para ese momento era en la Unión Cooperativa de ahorro y Crédito-Cupocredito, realizó una reunión general en donde le informaron los beneficios de trasladarse a las entidades privadas como que obtendría una mejor rentabilidad, mejor pensión, debido a lo que estaba sucediendo en el Seguro Social el cual tenía problemas financieros y se iba a liquidar. Por todo lo anterior, la actora decidió trasladarse de régimen pensional, posteriormente realizó varios traslados horizontales en razón a los cambios patronales y administrativos que tuvo la Entidad en donde trabajaba, sin que le realizaran otra reunión.

Así las cosas, pese a que obra formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 8 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ MARY TIUSO ROJAS
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 015 2019 00835 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta por parte de Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2021.

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

PORVENIR S.A., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera

instancia, por cuanto en el presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP se eficaz.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A el 28 de agosto de 1997, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre el 7 de mayo de 1981, hasta el 28 de agosto de 1997, fecha en que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 Y 150 de la Constitución Nacional; el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; el Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia SL-4964-2018 y SL-1452 del 3 de abril de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR., dio contestación como aparece a folio 57, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación de la parte demandante con la ARL fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada de acuerdo a la solicitud de vinculación en el que se observa la declaración escrita que refiere el artículo 114 de la Ley 243 y 244 del CGP. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 59 a 63, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS a través de la AFP Porvenir, por lo que no es posible tener como afiliada a la actora. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de marzo de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la señora LUZ MARY TIUSO ROJAS del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la Administradora PORVENIR, y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicha administradora traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual de la señora demandante al Régimen de Prima Media a través de dicha administradora de dicho régimen –COLPENSIONES a esta que reciba como afiliada la señora demandante, acredite como semanas efectivamente cotizadas a dicho régimen los recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de ahorro individual, dada la consecuencia natural de dicha ineficacia conforme se analizó en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se analizó.

TERCERO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por la parte demandada.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta, dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el deber de información es ineludible, ya que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre el futuro pensional y que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente, pues la carga de la prueba está en cabeza de los fondos de demostrar ese deber

de información, por lo cual en este caso hay lugar de declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida en primera instancia al considerar que a la AFP en la primera etapa de ese deber de información no existía documental que debiera constar adicional al formulario de afiliación que previera y consolidara el consentimiento informado por parte del afiliado, en ese sentido señalo que no se le puede restar valor probatorio al referido formulario cuando fue un documento que la parte demandante no tacho o desconoció de falso dentro de todo el proceso y que cumplía con los requisitos legales que el Decreto 692 de 1994 en su artículo 11, el cual exigía para ser válido el traslado ese formulario.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folio 57 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 28 de agosto de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que el día 28 de agosto de 1997, recibió en su lugar de trabajo asesores de distintos Fondos de Pensiones de manera general por medio del cual le informaron los beneficios que obtendría si se trasladaba como lo eran el pensionarse de manera anticipada así como también que el monto de la mesada pensional sería superior.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la

H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NELLY STELLA HURADO DE CHISACA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS

RADICADO: 11001 3105 017 2018 00354 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Colpensiones y Porvenir S.A y Skandia S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de abril de 2021.

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

SKANDIA, solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia, al considerar que el traslado que realizó la demandante del RPM al RAIS se efectuó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma

preimpresa se encuentra autorizada por la ley, por lo que dicho documento prueba la libertad de afiliación.

A su vez Colpensiones por medio de su apoderado judicial solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene la imposibilidad de trasladarse de régimen, así como también señaló que el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede utilizar su propia culpa para beneficiarse.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó a Porvenir S.A., así como también las afiliaciones posteriores y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 19 de enero de 1957, informó que se vinculó al municipio de Soacha Cundinamarca desde el 16 de marzo de 1982 hasta el 5 de septiembre de 1989, posteriormente estuvo afiliada al Seguro Social desde el 28 de abril de 1989, hasta el 7 de julio 1999, fecha en se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran las suficiente información para tomar una decisión, posteriormente en el mes de noviembre de 2012, realizó un traslado horizontal a la AFP SKANDIA S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48, 53 de la Constitución Nacional, los artículos 1502, 1508, 1510, 1740, 1741, 1742, 1746 del Código Civil, la sentencia de la Corte Constitucional C-993-06, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 del 9 de septiembre de 2008, 12136-46292 del 3 de septiembre de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 109 a 133, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la fecha de suscripción del contrato de afiliación, la normatividad vigente el Decreto 656 de 1994, no contemplaba obligación a cargo de la AFP, de suscribir documento adicional donde constara la información suministrada al afiliado más que el formulario de afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada.

SKANDIA S.A., contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 157 a 183, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la demandante no allega prueba ni siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido.

PORVENIR dio contestación como aparece de folios 236 a 244, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de abril de 2021, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la causal de

nulidad y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma advertida en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora NELLY STELLA HURTADO DE CHISACA, identificada con la C.C 20.940.772 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado en su momento por PORVENIR S.A., y su posterior vinculación a OLD MUTUAL S.A hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., fue ineficaz y , por consiguiente, no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que la señora HURTADO DE CHISACA, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar vinculación sin solución de continuidad, según las razones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a las administradoras de fondos de pensiones PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR a las codemandadas PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A hoy SKANDIA S.A., a trasladar a COLPENSIONES los dineros que descontaron de la cuenta de ahorro de la demandante a título de gastos de administración, los cuales deber ser asumidos por cada una de esas entidades de su propio patrimonio.

SEXTO. ORDENAR a COLPENSIONES, recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante que efectúen las administradoras de pensiones codemandadas PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A y a convalidar en su historia laboral.

SEPTIMO: ORDENAR a COLPENSIONES, que una vez reciba ese traslado de fondos, procesa a estudiar el derecho pensional que le pudiese asistir a la demandante, con base en las normas que le resulten aplicables, lo anterior según las consideraciones señaladas.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A. En firme esta sentencia, por secretaria, practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000, M/Cte.

NOVENO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de OLD MUTUAL S.A., interpuso recurso de apelación con fundamento en que efectivamente se cumplió con el deber de información según lo extraído en el interrogatorio de parte, ya que se le dio una información cierta, clara, suficiente y oportuna a la demandante, así como también señaló que para el momento en que se realizó el traslado no existía la obligación de la doble asesoría ni mucho menos realizar las proyecciones pensionales por lo que bastaba con la suscripción del formulario de afiliación, aunado señaló que es claro que la decisión de trasladarse de uno a otro régimen fueron libres y voluntarias sin que mediera ninguna presión por parte de las AFP, adicional a que realizó un traslado horizontal lo que denota las condiciones del RAIS y acredita su ánimo de permanencia, resaltó que en cuanto a la condena de gastos de administración, los rendimientos financieros generados dentro de la cuenta individual de la actora se dieron por la gestión profesional del fondo privado.

PORVENIRS.A., por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación con fundamento en que se aparta de la declaratoria de ineficacia impuesta en primera instancia, así como también la condena de devolución de gastos de administración al considerar que el momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación en el año 1999, se le brindó la información de conformidad con las exigencias establecidas al momento de los hechos, ya que la única exigencia en ese momento para los Fondos era brindar información necesaria acerca de la vinculación que se iba a realizar, luego se pasa al deber de información de asesoría y buen consejo para terminar con la doble asesoría la cual surgió a partir del año 2016, situación que en el presente caso no se da.

Y a su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva al Fondo de las condenas impuestas con fundamento en que el traslado que realizó la demandante se hizo con plena voluntad y con pleno conocimiento del régimen que se encontraba escogiendo, aunado resaltó la sentencia 3754 de 2020 en el entendido que en el presente caso se presentan traslados

horizontales lo que permite inferir que si conocía las características del RAIS.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folios 35 y 184 se evidencian los siguientes formularios de afiliación de los siguientes fondos de pensiones:

- PORVENIR S.A, el 23 de julio de 1999.
- SKANDIA S.A., el 28 de noviembre de 2012.

Así las cosas, pese a que obra formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 8 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSEY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANGEL EDUARDO GUZMAN MONTEALEGRE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 018 2019 00168 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir SA., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de abril de 2021.

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

La apoderada de COLPENSIONES manifestó que no se demuestra que el demandante haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, cuando permaneció en el Régimen de Ahorro individual con solidaridad, sin manifestar ninguna inconformidad respecto del desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en el

régimen, adicionalmente señaló que se trasladó por decisión propia tal y como se demuestra con la firma en el formulario de afiliación con la AFP.

A su vez PORVENIR solicitó revocar la sentencia de primera instancia, ya que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, debido a que se realizó de manera libre, voluntaria y consiente tal y como se expresa en el formulario de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, el cual es el documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se afilió a los Seguros Sociales en el año 1986 hasta el año 2000, fecha en que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14,15 y 35 del Decreto 656 de 1994, la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, la Ley 360 de 2003 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 331083 de 2011 y 31989 de septiembre de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación como aparece de folios 74 a 105, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado de régimen pensional del actor fue completamente valido, al considerar que el demandante no aportó elementos de prueba que permitan arribar a una conclusión

diferente. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 174 a 178, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que no se allegó al plenario prueba alguna que permita establecer la falta del deber de información en cabeza de la AFP Porvenir al momento de asesorar al demandante. Propuso las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de abril de 2021, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ANGEL EDUARDO GUZMÁN MONTEALEGRE del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

CUARTO: DECLARAR NO ‘PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada AFP PORVENIR., a favor del demandante, en la suma de \$1.000.000.

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

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, argumentó que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que existe la

obligación de la AFP de brindar la información a los posibles afiliados y esta debe ser clara , cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, el cual es aplicable sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, dado que la violación del deber de información se predica frente la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y solicitó se revoquen todas las condenas que han sido proferidas y en consecuencia se absuelva con fundamento en primer lugar a la carga de la prueba al considerar que no implica solamente que por medio de una prueba documental derrotar las pretensiones de la demanda y que para el momento en que se realizó el traslado estaban vigentes los decretos 692 y 656 de 1994, al verificar que para esa fecha no se exigía a las AFP un documento diferente al formulario de vinculación que permitiera acreditar el cumplimiento de ese deber información, adicional a ello señaló que se aparta de la decisión en relación a que los artículos 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993, es claro que la trasgresión al deber de selección objetiva de alguno de los regímenes pensionales se da en la medida en que se da un constreñimiento y en el presente caso el accionante el traslado se realizó de manera autónoma y sin ningún tipo de presión y en segundo lugar en relación a la condena de gastos de administración resalta que el fondo se encuentra autorizada por la ley para hacer dichos descuentos.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación con fundamento en que no se tuvo en cuenta que el actor se encontraba inmerso en una prohibición legal, así como también que el demandante realizó una afiliación de manera voluntaria sin presión alguna al régimen de ahorro individual y aceptando ser regido por las normas, procedimientos, regulaciones de dicho régimen, sin que se observe en el

plenario oposición o inconformidad en lo que refiere a sus aportes , por lo que decidió mantenerse en el régimen ahorro individual, por lo que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible a folio 147 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 17 de noviembre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 1999, recibió en su lugar de trabajo un asesor de Porvenir S.A., el cual le informó que el Seguro Social iba a liquidar y que obtendría unos beneficios al trasladarse de fondo de pensiones como el pensionarse de manera anticipada, con un valor mayor, sin que le informaran las diferencias de uno a otro régimen pensional.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MELBA LUCIA DEL PILAR
QUINTERO FRANCO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 022 2017 00818 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de marzo de 2021.

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

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que tanto en el expediente como en las actuaciones rendidas en el estrado la actora tramitó su traslado de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación a la AFP sin adolecer de vicio en el consentimiento de igual manera señaló que la

demandante no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados que es el retracto.

A su vez la parte demandante por medio de su apoderado judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que no se puede tomar una decisión sin conocer las características de cada régimen, las ventajas y los inconvenientes que cada uno representa, ya que es una obligación legal radicada en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 20 de abril de 1959, informó que el 1 de octubre de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, señaló que el 1 de noviembre de 2017, radicó el 1 de noviembre de 2017, ante Colpensiones derecho de petición mediante el cual solicitó el regreso a dicho fondo, sin que obtuviera respuesta por parte de la entidad, así como también radicó solicitud de declaratoria de nulidad de la afiliación ante Porvenir S.A., la cual fue negada.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14, 19, 20, 21, 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el Acto Legislativo 01 de 2005, el Decreto 2071 de 2015, el Decreto 692 de 1994, la Ley 100 de 1993 y la Ley 1328 de 2009, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 46292 de septiembre de 2014, 31989 de 2008, 46292 del 3 de septiembre de 2014,.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 58 a 73, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo, además de ello señaló que la afiliación que hizo en su momento con Porvenir se realizó con los requisitos de ley. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y la genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 97 a 103, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen efectuado por la demandante no se materializo en contra de una prohibición legal sino contrario cumpliendo todos los lineamientos legales establecidos para la perfección del acto jurídico. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de marzo de 2021, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por MELBA LUCIA DEL PILAR QUINTERO FRANCO CC 41.743.3174, al régimen de Ahorro individual con Solidaridad, acaecido 09 de septiembre de 1997, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliada MELBA LUCIA DEL PILAR QUINTERO FRANCO CC 41743.374 a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional d la actora, conforme quedaron explicados en esta providencia.

TERCE: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR en costas a PORVENIR S.A a la suma de \$1 SMLMV.

QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSULTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. NOTIFICADO EN ESTRADOS.

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia han defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad implica dar a conocerlas diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, señaló que en cuanto al simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación se ha dicho que no es suficiente para demostrar ese deber de información, resaltó que la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia con fundamento en que no se está de acuerdo con la interpretación que da el Despacho sobre la interpretación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que el termino de 10 años se creó para salvaguardar el principio de solidaridad de los regímenes pensionales el régimen de prima media con prestación definida, en ese sentido señaló que la demandante lleva 15 años sin cotizar al régimen de prima media y en consecuencia no cumplió con el requisito de solidaridad y el traslado de régimen generaría un desfase económico lo cual vulneraría el principio de la primacía del bien general sobre el particular.

Y a su vez PORVENIR S.A, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación por medio del cual solicitó se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia por considerar que la información brindada en el momento de la afiliación por la aquí

demandante fue completa, aunado a ello señaló que de conformidad al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, supone un dolo que no fue probado ni manifestado dentro del proceso, resaltó que la actora es una consumidora financiera que si afiliación no es unilateral, ya que no es solamente el fondo el que se debe estar pendiente de la afiliación sino ella, señaló que en caso de que se declare la ineficacia lo único que debe retornar son los aportes y los rendimientos de las cuenta individual del afiliado, sin que proceda una devolución de gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Del documento visible a folio 104 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 9 de septiembre de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que se encontraba en la Caja de Previsión Nacional señaló que en su lugar de trabajo de forma general unos asesores de Porvenir le informaron que se podría pensionar de manera anticipada y si fallecía su pensión podría ser otorgada a su familia sin recibir ninguna otra información adicional.

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

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

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

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

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

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 - por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el

reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 19 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HUGO ARMANDO VELÁSQUEZ RUIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00588 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta por parte de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2021.

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

PORVENIR, solicitó revocar en su integridad la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741

del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP es eficaz.

A su vez la parte demandante por medio de su apoderado judicial manifestó que tiene derecho a que se declare la ineficacia y /o nulidad del traslado efectuado a finales del año 1996, con Porvenir S.A y los posteriores traslados entre AFP, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa, y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó a finales del año 1996, con Porvenir S.A., así como también el traslado horizontal que efectuó el 16 de septiembre de 1999 y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se trasladó al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en el año 1996, sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la suficiente información para tomar una decisión, posteriormente en el mes de octubre de 1997, realizó un traslado horizontal a la AFP Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional, el artículo 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994 y la sentencia de la H. Corte Suprema con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 y las sentencias del Tribunal de la Sala Laboral del 30 de abril de 2014 y el 9 de diciembre de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 63 a 68, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la AFP, por lo que no procede la declaratoria de nulidad. Propuso las

excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica.

PORVENIR dio contestación como aparece de folios 98 a 105, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 133 a 189, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que la afiliación celebrada entre la AFP y el demandante es plenamente valido y produjo efectos jurídicos, ya que confluyeron todos los elementos para su existencia y validez. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2021, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Hugo Armando Velásquez Ruiz al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1996 conforme a los expuso en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000).

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que para que se entienda que la afiliación se diera de manera libre y voluntaria se debe verificar que la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez los beneficios que obtendrían; aunado a ello establece que las AFP desde su creación tienen la obligación de informar a los afiliados del sistema pensional a fin de que los mismos pudieran tomar una decisión consciente y voluntaria sobre su futuro pensional, así como también la carga de la prueba se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida y en consecuencia se absuelva de todas las condenas impuestas con fundamento en que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia de traslado al considerar que no era obligación de la AFP, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia a efectos de que se entendiera materializado con el diligenciamiento del formulario de afiliación de conformidad con las disposiciones vigentes en ese momento, adicionalmente señaló que el demandante saneo los vicios en su consentimiento suscribiendo 3 formularios de afiliación, así como también con los aportes que efectuó al sistema ratificando su deseo de pertenecer en el RAIS, aunado señaló que en relación a la condena de gastos de administración, los mismos no forman parte integral de la pensión de vejez por lo que están sujetos a la prescripción.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655**

01, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folios 107 y 141 se evidencian los siguientes formularios de afiliación de los siguientes fondos de pensiones:

- HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A, el 17 de octubre de 1996.
- COLMENA S.A hoy PROTECCIÓN S.A, el 17 de octubre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 1996, en su lugar de trabajo unos asesores de los fondos privados que le informaron que ante la inminente desaparición de los fondos públicos de pensiones entre ellos el Seguro Social, le podrían

ofrecer la alternativa del fondo privado el cual gozaría de iguales o mejores beneficios a los que ofrecía el fondo público como lo era el pensionarse de manera anticipada.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 15 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FELIX RAMON MONTES ROMERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL.

RADICADO: 11001 3105 030 2018 00610 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Protección, Porvenir S.A y Old Mutual S.A., y el grado jurisdiccional de consulta por parte de la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de agosto de 2020.

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

OLD MUTUAL., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que el demandante se trasladó del RPM al RAIS de forma libre, voluntaria y consciente, tal y como quedo expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley y que para ese momento era aprobado por la Superintendencia Bancaria de Colombia, por lo que dicho documento es la prueba suficiente de la libertad de afiliación del accionante.

A su vez PROTECCIÓN señaló que resulta improcedente la devolución de gastos de administración por parte de la AFP, ya que la orden impartida por el Juez primigenio va en contra de una norma superior como lo es la Ley 100 de 1993, que en su artículo 20, ratificada en la Ley 797 de 2003, dispuso el pago de los referidos gastos de administración en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual.

Y por último PORVENIR S.A., por medio de su apoderado judicial manifestó que no le asiste razón a fallador de primera instancia, al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó, con Colmena hoy Protección S.A., así como también el que efectuó a Porvenir S.A., y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 7 de abril de 1962, señaló que se trasladó a Colmena hoy Protección S.A., el 9 de julio de 1996, mediante formulario de vinculación, sin que los asesores

de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión, posteriormente señaló que el 1 de octubre de 2012, se trasladó a Porvenir S.A.,

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 48, 53 de la Constitución Política, los artículos 1, 2, 11, 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, la Ley 797 de 2003, el Decreto 3995 de 2008 y la Ley 1748 de 2014 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N°47125 del 27 de septiembre de 2011, 31389 de octubre de 2008 y 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 122 a 129, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en razón a que de acuerdo con el material probatorio las AFP le manifestaron al actor de manera clara y detallada, la totalidad de las condiciones propias del traslado del régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 132 a 137, se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

OLD MUTUAL S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 161 a 178, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que no existen supuestos de hecho y de derecho que respalden el traslado de régimen pensional del demandante, encontrándose válidamente afiliado al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 132 a 137, se opuso a todas la pretensiones con fundamento en que el demandante de manera libre y voluntaria decidió afiliarse el 9 de julio de 1996, quedando plasmado en el formulario la voluntad de selección y afiliación de acuerdo con el Decreto 692 de 1994. Propuso las excepciones de inexistencia de capital acumulado, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la filiación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de agosto de 2020, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor FELIZ RAMON MONTES ROMERO del Instituto de Seguros Sociales a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., que se hizo mediante SOLICITUD DE VINCULACION de fecha 9 de julio de 1996 con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1996.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada al demandante señor FELIX RAMON MONTES ROMERO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicha administradora es decir desde el 1 de septiembre de 1996 a 31 de octubre de 1998, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexado, de acuerdo a lo motivado.

CUARTO: Condénese a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., o SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicha administradora es decir desde el 1 de noviembre de 1998 a 30 de septiembre de 2021, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; conforme a lo expuesto.

QUINTO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a devolver a COLPENSIONES, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen es decir desde el 1 de octubre de 2012 y hasta el momento del traslado, estos últimos

deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados conforme a la motiva.

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

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

OCTAVO: Condénese en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de TRES MILLONES TRECIENTOS SETENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$3.370.800(3.84 smlmv), a cargo de cada uno de los fondos demandados.

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

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

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

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación proferida en primera instancia con fundamento en que la AFP cumplió con el deber de información que le correspondía atendiendo con los parámetros establecidos en las normas vigentes para el momento del traslado, en ese sentido señaló que el demandante recibió la información

necesaria, veraz y suficiente para comprender las consecuencias de traslado de régimen pensional que estaba realizando, indicó que en el ordenamiento jurídico vigente no exigía documentar la información brindada bastaba simplemente con la firma del formulario conforme al artículo 11 del Decreto 692 del año 1994, sometiéndose al fondo a lo imposible pretendiese cumplimientos de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación, aunado a ello resaltó que en cuanto a la condena de la devolución gastos de administración no es viable, ya que se está incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

OLD MUTUAL, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación solicitó revocar en su integridad el fallo proferido en primera instancia, en razón a que en el presente proceso no se probó causal alguna que llevara a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó el actor, ya que es claro que para el momento en que se realizó el primer traslado a través de la AFP Colmena la misma cumplió con los requisitos exigidos por la ley en ese momento como consta en el formulario de afiliación suscrito entre el demandante quien afirmó que lo suscribió de manera libre y voluntaria, ya que no existía obligación legal para documentar la información que se suministraba, afirmó que la AFP.

Y a su vez PROTECCIÓN S.A, por medio de su apoderada judicial interpuso recurso de apelación parcial en relación a la devolución de gastos de administración, ya que son autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y en el caso de que se declare la ineficacia del traslado únicamente será procedente la devolución de los aportes de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de la AFP pero no lo descontado por administración, toda vez que son comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro del demandante.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folios 139, 179 y 236 se evidencian los siguientes formularios de afiliación de los siguientes fondos de pensiones:

- COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, el 9 de julio de 1996.

- PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, el 30 de septiembre de 1998.
- PORVENIR S.A., el 29 de agosto de 2012.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que se trasladó en varias oportunidades de fondos pensionales. Sostuvo, que le informaron que podría pensionarse de manera anticipada así como también con un valor superior, sin embargo señaló que la información dada por AFP fue insuficiente e incompleta

Así las cosas, pese a que obra formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

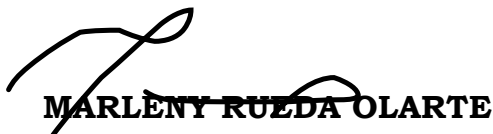
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUZDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA DEL PILAR VELOZA
PARRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS PENSIONES
Y CESANTÍAS.**

RADICADO: 11001 3105 034 2019 00493 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre de 2020.

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

El apoderado de la parte demandante señaló que se encuentra demostrado dentro del proceso que la actora no se le asesoró en debida forma por parte de persona conocedora y profesional en el tema, para que firmara una hoja de afiliación a Colfondos S.A., viciando de esta manera su consentimiento, pues la accionada nunca presentó a la demandante un proyecto o simulación de pensión. Por lo anterior solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, así como también el traslado efectuado a PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 13 de febrero de 1961, señaló que estuvo cotizando al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de septiembre de 1980 un total de 259.29 semanas, así como también cotizó ante la Caja Nacional de Previsión hasta el 27 de abril de 1995, fecha en la que se traslado a Colfondos S.A., sostuvo que no le informaron las consecuencias acarrearía dicho traslado de régimen, posteriormente se traslado al fondo de pensiones BBVA Horizonte S.A hoy Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el Decreto 2241 de 2010, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, las sentencias C-1024 de 2004, C-789 de 2002, C-038 de 2004 de la H. Corte Constitucional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación como aparece de folios 98 a 123, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación al RAIS fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 a del CPT. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folio 131, en el que se allana a las pretensiones encaminadas a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la parte demandante a Colfondos S.A., en atención al artículo 98 del Código General

del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y de la S.S.

COLPENSIONES. contestó la demanda, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que dentro del expediente no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se esta en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado por la demandante MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 27 de abril de 1995, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones SOCIEDAD AFP COLOFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A y posteriormente a la SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR. Ala administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada AFP PORVENIR S.A., se fija como agencias en derecho, la suma de (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: CONSULTAR la sentencia ante el Tribunal Superior de Bogotá, en caso de no ser objeto del recurso de apelación.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cobija a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

A su vez la apoderada de PORVENIR, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, ya que no se probó la existencia de algún vicio del consentimiento por parte de la demandante, lo que conduce a que el acto jurídico que se realizó con la AFP es eficaz, así como también señaló que el documento de afiliación que suscribió la actora es un documento autentico, publicó en concordancia a los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del Código Procesal del Trabajo, adicional a ello contiene las declaraciones que le exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección de traslado de régimen fue libre, espontaneo y sin presiones, por lo que no es dable restarle valor probatorio a dicho documento, de acuerdo a lo anterior solicitó se revoque el fallo de primera instancia en su totalidad y en su lugar se absuelva a Porvenir de todas y cada una de las pretensiones que se presentaron en la demanda.

Y por último el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido, con fundamento en que las decisiones de ineficacia del traslado de los despachos judiciales quebrantan el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución política modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, genera una situación caótica, ya que quebranta la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema y ayudando al sostenimiento del mismo desdibujándose totalmente el régimen de prima media con prestación definida.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y

realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles a folios 124 y 125 se evidencian formularios de afiliación a HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A., del 24 de agosto de 2001 y 27 de febrero de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que se afilió al Seguro Social en 1980 y posteriormente a CAJANAL en 1982, se decide trasladar al régimen de ahorro individual, ya que en su lugar trabajo un asesor Colfondos S.A., le informó que era un régimen mejor para su pensión y se podría pensionar de manera anticipada, posteriormente se afilió a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., donde le informaron que era mas competitivo en el sentido de mejores recursos que Colfondos.

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

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

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

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

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

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52

ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º - ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 25 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ROSA EMILDA VARGAS VERGARA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 036 2019 00624 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de marzo de 2021.

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

PORVENIR S.A., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera

instancia, por cuanto en el presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP se eficaz.

COLPENSIONES, por medio de su apoderada judicial solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva al Fondo de todas las pretensiones incoadas en su contra, toda vez que en virtud de las pruebas arrojadas al proceso se evidenció que la demandante, se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación con Porvenir S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A el 1 de abril de 1996, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 17 de diciembre de 1961, que se afilió al Sistema General de Pensiones con el ISS hoy Colpensiones, desde el 9 febrero de 1990, hasta el 1 de abril de 1996, fecha en que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó artículo 21 del Código Sustantivo del trabajo, los artículos 6,25, 74 y 145 del Código de Procesal Laboral y de la Seguridad Social, la Ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 2,4,13, 21, 31, 36, 50, 114, 141 142, 271, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 656 de 1994 y el Decreto 720 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR., dio contestación el 23 de junio de 2020, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación de la parte demandante con la ARL fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada de acuerdo a la solicitud de vinculación en el que se observa la declaración escrita que refiere el artículo 114 de la Ley 243 y 244 del CGP. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 71 a 84, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que la demandante realizó el traslado de régimen de forma libre y voluntaria, por lo que deberá probarse por parte de la actora el vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, compensación, prescripción, inoponibilidad por ser tercero de buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante ROSA EMILDA VARGAS VERGARA del REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de

prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A y en favor del demandante, se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente.

SEPTIMO: CONSULTAR esta sentencia con el superior funcional, SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que no se puede brindar cualquier tipo de asesoría sino únicamente la que permita el ejercicio de lo que se ha denominado la libertad informada, cuya infracción castiga el legislador en la medida que indica que cualquiera que atente contra esa libertad de elección se hace merecedor entre otras sanciones a la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que ese tipo de normas obedece al reconocimiento que hace el legislador de la asimetría de la información que existe entre las administradoras y sus potenciales afiliados, así como la trascendencia en la vida de los ciudadanos de la decisión de afiliarse y de pertenecer a uno u otro régimen pensional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en su totalidad y en consecuencia absolver a la entidad de las condenas impuestas, con fundamento en que no se está desconociendo que exista un deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, sino que se establece que dicha información no se dio cumpliendo lo establecido al momento en que ocurrieron los hechos, ya que en ese momento se encontraban en la primera etapa de ese deber de información era brindar la información necesaria, la cual se daba de manera verbal, aunado señaló que el formulario de afiliación es válido toda vez que acepta las condiciones y las características que brindaron en el momento de la

asesoría antes de que se suscribiera dicho formulario, además de ello, manifestó su inconformidad en relación a la condena impuesta de reintegrar inclusive con su propio patrimonio el monto de los gastos de administración, al considerar que no se deben devolver dichos montos por cuanto no son parte integrante de la pensión de vejez, por lo que la condena configuraría un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la actora y la AFP.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo de primera instancia, con fundamento en que si bien el deber de información se debe acreditar a todos los afiliados hay que tener en cuenta que ese deber de información ha variado con el tiempo, luego para el año 1996, cuando se trasladó la demandante, no exigía la norma realizar comparaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, por lo que el formulario suscrito por la actora es válido y no hay lugar a declarar la ineficacia, ya que el mismo fue firmado de forma libre y sin presiones, adicional a ello señaló que en el caso no se hubiera recibido un asesoría adecuada por parte del fondo privado, esto se vio saneado con el paso del tiempo al estar la demandante en AFP durante varios años antes de estar inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder

obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el mes abril de 1996, recibió en su lugar de trabajo asesores de Porvenir S.A., por medio del cual le informaron que el Seguro Social se iba acabar y las semanas cotizadas se iban a perder, por tal motivo la AFP era una mejor opción financiera, ya que el monto de la pensión sería mayor y se podría pensionar de manera anticipada.

Así las cosas, de los medios probatorios arrimados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro a la posible afiliada las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la

H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

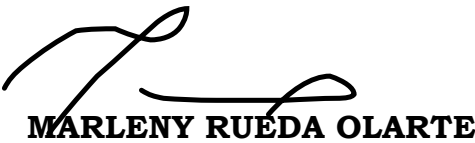
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO