



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE IGNACIO UMBARILA RODRIGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 015 2018 00230 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de diciembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP Porvenir S.A es nulo, en razón a que obran en el proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el actor al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también que el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque 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 alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

El apoderado de la parte demandante solicitó confirmar la sentencia de primera instancia en consideración a que se encuentra probado la afiliación realizada por el actor al ISS hoy Colpensiones, con un total de 461 semanas antes de afiliarse al Fondo de pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencia del mismo de conformidad al artículo 97 del Decreto 663 de 1993, situación que no se probó.

I. ANTECEDENTES

El señor José Ignacio Umbarila, pretende la nulidad del traslado que realizó a los fondos privados Porvenir S.A, Colfondos S.A y Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Protección S.A., trasladar al RPM, la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual con todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros y demás.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 27 de octubre de 1957; que cotizó en el Instituto DE Seguro Social un total de 650 semanas; que en el año 2005 se trasladó a Porvenir S.A., posteriormente en el mes de octubre de 2009 se trasladó a Colfondos S.A y en el año 2012 a Protección S.A., sin que se hubiera suministrado la información necesaria por parte de los asesores de los fondos privados para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 17, 23, 24, 65, 127, 250, 306 del Código Sustantivo de Trabajo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, los

artículos 25, 74 del Código Procesal Laboral, la Ley 712 de 2002, la sentencia C-1024 de 2004, el artículo 1502, 1603 del Código Civil, el Decreto 663 de 1993 del Estatuto Financiero y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado número 33083 de 2011, 46292 de 2014, 37989 de 2008, 42500 de 2014, y 52704 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, ya que de acuerdo al formulario de vinculación que suscribió el actor se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación. Propuso entre otras 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, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y la genérica.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el expediente, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que los traslados realizados a Porvenir S.A., a Colfondos S.A y a Protección S.A., son plenamente válidos, más aun cuando Colpensiones no le consta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se dio el traslado. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el expediente, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la afiliación suscrita a la AFP fue válida, eficaz y libre de todo vicio del consentimiento o causal de ineficacia. 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.

Por su parte, PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el expediente, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la afiliación que realizó el actor en el año 2004 con la AFP fue producto de su decisión libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente asesorado 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 1 de diciembre de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante JOSE IGNACIO UMBARILA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A., el día 23 de diciembre de 2004, como consecuencia de lo anterior ORDENAR al fondo PROTECCIÓN., donde actualmente se encuentra afiliado el señor. Demandante, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación del señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO. ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción a la AFP COLFONDOS S.A., en esos términos declarar frente a ella las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación que fueron propuestas.

TERCERO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, re remitirán las diligencias al Superior para efectos de que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

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., interpuso recurso de apelación en contra del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia al considerar que a la actora se le brindo la información necesaria, suficiente, clara que le permitió con esto tomar la decisión de trasladarse de manera voluntaria y libre al RAIS, esto de conformidad al interrogatorio de parte. En consecuencia señaló que la AFP actuó de buena fe y conforme a lo establecido para el momento del traslado por la ley que era contar con el formulario de afiliación y suministrar la información de forma verbal.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que no es posible declarar la ineficacia del traslado por cuanto se pudo establecer que el actor tuvo conocimiento de las características del régimen y es por ello que se traslada en varias ocasiones de forma horizontal y de acuerdo con la sentencia SL-3752 son considerados como actos de relacionamiento que no pueden pasarse por algo al momento de determinar la ineficacia del traslado. Por otro lado preciso en lo referente a los gastos de administración la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL- 4989 de 2018, SL-1421 de 2019, SL-2877 de 2020, ha determinado al respecto que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado anterior, es decir que se debe reintegrar la totalidad de cotizaciones.

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 del expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 23 de diciembre de 2004.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en el año del 2001 paso el concurso ante la Defensoría Pública y desde ese momento en su calidad de contratista que tenía que estar afiliado a un fondo de pensiones. En consecuencia, fue asesorado por Porvenir S.A., no obstante al no haberse llenado los requisitos para la afiliación es posterior a ello que se afilia con dicha entidad; más adelante se traslada a Colfondos y Protección S.A., sin que hubiera asesoría por parte de los fondos privados de pensiones.

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 la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

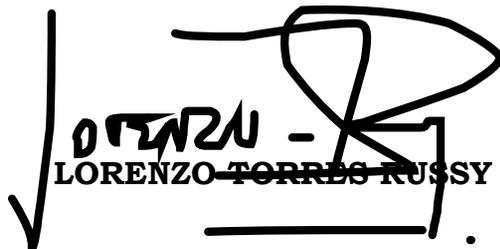
PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 1 de diciembre de 2021, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GIOVANNI MAURICIO FRANCO PARRA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR Y COLFONDOS.

RADICADO: 11001 3105 021 2020 00466 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

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 S.A, Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de diciembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modifico el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos de cumplir la edad parte tener derecho pensional, así como tampoco de acreditar vicio de consentimiento, ya que no obra prueba alguna que demuestre aquello.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el traslado efectuado por el demandante al RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de la afiliación, así como también que se cumplieron a cabalidad con las obligaciones que le correspondían de materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

El apoderado del accionante manifestó que los fondos privados tienen la obligación del deber de información desde su creación, por lo que en los contratos suscritos con Colfondos de fecha 6 de septiembre de 1994 y Horizonte hoy Porvenir el 29 de mayo de 2010, no se especificaron las modalidades de tipos de pensiones los cuales el fondo privado estaba obligado a suministrar desde el momento de la firma del traslado. En consecuencia solicitó se conforme la sentencia proferida en primera instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende que se declare la nulidad que realizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., y Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se efectuó el traslado de los aportes a Colpensiones.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 19 de julio de 1961; que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 19 de enero de 1983 hasta el mes de diciembre de 2003; que se trasladó a Colfondos S.A., desde el mes de octubre de 1994 hasta noviembre de 1994 y desde el mes de mayo de 2004 hasta el mes de julio de 2010; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., desde el mes de agosto de 2010 hasta la fecha, sin que los fondos le hubiesen suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 53 de la Corte Constitucional; el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el Decreto 758 de 1990, el artículo 9 Código Contencioso Administrativo, la Ley 797 de 2003, la Ley 100 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N°68852 de 2019, 12136 de 2014,31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado que realizó el actor es completamente valido por cuanto la AFP brindo la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la nulidad del traslado. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación se presentó en virtud del derecho a la libre escogencia del régimen pensional siendo el RAIS la elección del demandante, por otro lado precisó que los asesores del fondo le brindaron al actor una asesoría integral y completa respecto de todas la implicaciones de su traslado horizontal. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, genérica, validez de la afiliación al régimen de ahorro con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza, o dolo), así como también no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que una inconformidad. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema

pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 6 de diciembre de 2021, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor GIOVANNI MAURICIO FRANCO PARRA al régimen de ahorro individual el 06 DE SEPTIEMBRE DE 1.994, con fecha de efectividad a partir del 01 DE OCTUBRE DEL MISMO AÑO por intermedio de COLFONDOS S.A. ,quedando afectada por la ineficacia también el traslado realizado a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en el año 2.010;en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

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

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por el señor GIOVANNI MAURICIO FRANCO PARRA por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos y utilidades.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP COLFONDOS S.A. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la

suma de \$1.500.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional se generó con la voluntad del afiliado se requiere que el Fondo haya administrado una información completa, clara, oportuna sobre las condiciones específicas, ventajas y desventajas de cada régimen y que dicha información debe ser probada por los Fondos, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información, de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver al numeral tercero de la parte resolutive, al considerar que los descuentos de gastos de administración son conceptos de orden legal que se encuentran estipulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que se realizan tanto en el RPM como en el RAIS y tienen unas destinaciones específicas como lo son una adquisición de una póliza de seguro previsional con el fin de mantener cubierta las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, eventualidad para la cual el demandante, durante el tiempo que permaneció en la AFP siempre estuvo cubierto, por lo que resalta no existe una obligación legal de devolver dichos gastos de administración, ya que no entran a financiar la pensión de vejez. Por otro lado, precisó que en lo que tiene que ver a la condena en costas únicamente a Colfondos, se debe tener en cuenta que los vencidos en juicio son tres y por ende también deberían ser condenados la AFP Porvenir y Colpensiones.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia de declarar la ineficacia por falta del deber de información cuando

el traslado se realizó en 1994 no era obligatorio presentar documental adicional donde se evidenciara que se le suministró la información al actor, sino que era válido con la firma del formulario de afiliación en consecuencia la AFP cumplió con las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el RAIS es una decisión libre y voluntaria que ha sido informada, que se ha ratificado en el tiempo. Por otro lado indicó que no es factible tampoco ordenar la devolución de los gastos de administración, debido a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un tres por ciento a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia y dichos montos no hacen parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción; concluyó que en lo referente a costas procesales la demandada Colpensiones también fue vencida en juicio.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y con el segundo traslado efectuado ratifica su deseo de pertenecer al RAIS, conociendo las características del régimen; precisó que la más afectada es Colpensiones en lo atinente a la sostenibilidad financiera, máxime cuando lo afiliación se dio para el año 1994, por otro lado resalta que la Corte Suprema utiliza como el deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo dicho deber se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015 y por lo tan los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre y voluntario y sin presiones. Por otro lado indicó que en lo referente a las costas procesales el fondo de pensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico que celebro el demandante con la AFP. Concluyó que en caso de ser confirmada la sentencia se condicione el cumplimiento de Colpensiones previo a la devolución de la totalidad por parte de la AFP

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 visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colfondos S.A., el 6 de septiembre de 1994 y posteriormente a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 29 de junio de 2010

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que se trasladó a Colfondos en el año 1994, en su lugar de trabajo un asesor del fondo le indicó que el Seguro Social posiblemente se iba a liquidar en razón a una crisis económica y por ende la mejor opción era trasladarse de fondo pensional; Posteriormente se traslada a Horizonte hoy Porvenir S.A., en virtud a que nuevamente en su lugar de trabajo un asesor de dicha entidad le informó que podría pensionarse de manera anticipada.

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, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características,

condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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."

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con lo solicitado por la demandada COLPENSIONES frente a condicionar el cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP Porvenir S.A., devuelva la totalidad de sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, cabe precisar que no se hace necesario hacer manifestación alguna, toda vez que de conformidad al precedente jurisprudencial anteriormente citado de la H. Corte Suprema de Justicia se encuentra inmersa dicha condición.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte recurrente., en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se revocará el numeral Sexto de la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar condenar en costas a las demandadas. En consecuencia fijense como agencias en derecho, la suma de \$1.000.000.

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: REVOCAR el ordinal Sexto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar condenar en costas a las demandadas. En consecuencia, fijense como agencias en derecho, la suma de \$1.000.000.

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 RUSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR PEDRO JOSE PULIDO SALAMANCA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 021 2021 00022 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

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 S.A, Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de octubre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, el demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modifico el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos de cumplir la edad parte tener derecho pensional, así como tampoco de acreditar vicio de consentimiento, ya que no obra prueba alguna que demuestre aquello.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque 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, por 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

El demandante, pretende que se declare la nulidad que realizó a Porvenir S.A., el 21 de enero de 1998 y posteriormente a Protección S.A., ante la omisión de dichos fondos del deber de informar y como consecuencia de dicha declaratoria condenar a la AFP Porvenir S.A., a restituir a Colpensiones todos los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 20 de septiembre de 1960; que estuvo afiliado al RPM hasta el mes de enero de 1998, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A y posteriormente en el año 2011 se trasladó a ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., y en julio de 2003 nuevamente se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubiesen suministrado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencia entre los dos regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 60, 64,97 de la Ley 100 de 1993, los artículos 20, 48 y78 de la Constitución Política, el Decreto 663 de 1993, la Ley 797 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014 el Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016, el artículo 1746 del Código Civil y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado N°31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado que realizó el actor en el año 1998 a la AFP, fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicios en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor PEDRO JOSÉ PULIDO SALAMANCA al régimen de ahorro individual del 21 de enero de 1998, con fecha de efectividad a

partir del 2 de febrero siguiente, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en consecuencia, declarar valida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

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

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración con cargo sus propios recursos y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado. Para ello se concede el término de un (1) mes.

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

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIRS.A. Líquidense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.00 Sin costas en contra de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN.

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional se generó con la voluntad del afiliado se requiere que el Fondo haya administrado una información completa, clara, oportuna sobre las condiciones específicas, ventajas y desventajas de cada régimen y que dicha información debe ser probada por los Fondos, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información, de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia de declarar la ineficacia por falta del deber de información cuando el traslado se realizó en 1998 no era obligatorio presentar documental adicional donde se evidenciara que se le suministró la información al actor, sino que era válido con la firma del formulario de afiliación en consecuencia la AFP cumplió con las obligaciones a su cargo y la permanencia del actor en el RAIS es una decisión libre y voluntaria que ha sido informada, que se ha ratificado en el tiempo, así como también con los diversos traslados. Por otro lado indicó que no es factible tampoco ordenar la devolución de los gastos de administración, debido a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un tres por ciento a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia y dichos montos no hacen parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción; concluyó que en lo referente a costas procesales la demandada Colpensiones y Protección S.A., también fueron vencidas en juicio.

La apoderada de PROTECCION, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en lo referente a la devolución de gastos de administración, al considerar que dichos descuentos son legales, exigibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, por lo que si el actor hubiese permanecido en el régimen de prima media estos descuentos igualmente se habrían realizado, resaltó que dichos dineros deben aportarse a una cuenta diferente porque tienen una destinación específica que es subsidiar la administración de los recursos que realizan los fondos tanto públicos como privados y estos dineros se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que se generaron la cuenta de ahorro individual del demandante las cuales se encuentran en el expediente, por lo anterior solicitó se aplique el fenómeno de la prescripción.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria y sin presiones de conformidad al artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el demandante con sus múltiples

traslados realizó comportamientos de actos de relacionamiento por lo que es claro que el demandante desea permanecer en el régimen al que pertenece, conoce el funcionamiento de este y se encuentra en disposición de recibir su asesoría y servicio aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones; precisó que en cuanto a la aplicación del deber de información los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertidos en el formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones firmado. Concluyó que en caso de ser confirmada la sentencia se condicione el cumplimiento de Colpensiones previo a la devolución de la totalidad de los recursos por parte de la AFP

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 visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 21 de enero de 1998.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1998 unos asesores de Porvenir S.A., le indicaron que el RPM se iba acabar y la mejor opción era trasladarse de régimen pensional, por cuanto se podría pensionar de manera anticipada, así como también podría escoger el monto con el que se quisiera pensionar. Posteriormente se trasladó a Protección S.A., AFP que le informó que podría recuperar semanas cotizadas y al no cumplirse tal afirmación nuevamente retorna a Porvenir, en virtud a que nuevamente la AFP lo visita en su trabajo.

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, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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."

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

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

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

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

Ahora bien, en relación con lo solicitado por la demandada COLPENSIONES frente a condicionar el cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP Porvenir S.A., devuelva la totalidad de sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, cabe precisar que no se hace necesario hacer manifestación alguna, toda vez que de conformidad al precedente jurisprudencial anteriormente citado de la H. Corte Suprema de Justicia se encuentra inmersa dicha condición.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte recurrente., en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se revocará el numeral Sexto de la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar condenar en costas a las demandadas. En consecuencia fijense como agencias en derecho, la suma de \$1.000.000.

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: REVOCAR el ordinal Sexto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar condenar en costas a las demandadas. En consecuencia, fijense como agencias en derecho, la suma de \$1.000.000.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDUARDO AVILA NAVARRETE
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00348 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

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 S.A, Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de octubre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que no es dable el reconocimiento de nulidad de traslado solicitado por la actora, teniendo en cuenta que la firma de afiliación es completamente valida y no hay lugar a declarar la ineficacia, firmado de forma, libre sin presiones, así como también que en ningún momento el fondo privado coacciono al demandante para que lo hiciera sino que esta deicidio llenarlo por su cuenta.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el traslado efectuado por el demandante del 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 forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, con fundamento en que las AFP no demostraron de ninguna manera que se le haya presentado una información clara, completa, comprensible, transparente en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia que debían cumplir las administradoras de fondos de pensiones al momento del traslados del régimen pensional o de las afiliaciones de potenciales afiliados en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende que se declare la nulidad que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 6 de julio de 1994 ante Porvenir S.A., así como también la que efectuó el 30 de enero de 2000 con Colfondos S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Colfondos S.A., retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado a Colpensiones.

Sustento sus pretensiones, en que desde agosto de 1984 hasta mayo de 1987, estuvo afiliado al Instituto del Seguro Social; que en el mes de julio de 1994 los asesores de Colpatria S.A hoy Porvenir S.A., no le suministro la información necesaria para trasladarse de régimen pensional, posteriormente en enero de 2000 se traslado a Colfondos S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49,53 de la Constitución Política, los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602 y 1603, la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994 y la sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 33083 de 2011, 31989 y 31314 de 2008, 46292 de 2014, 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que si brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensionales , en las que se le asesoro acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación definida, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el demandante se trasladó a a las AFP de manera libre y voluntaria y Colpensiones no tuvo injerencia en dicha decisión, razón por la cual el traslado afecta los intereses de la Entidad Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad SUI GENERIS, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el actor a la AFP es completamente válido, por cuanto está brindo la información pertinente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 25 de octubre de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante EDUARDO AVILA NAVARRETE al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y por ende a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, entre el 01 de agosto de 1994 y el 31 de marzo de 2000, con motivo de la afiliación del demandante EDUARDO AVILA NAVARRATE, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

PARAGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Colfondos con ocasión al traslado solicitado por el demandante el 01 de abril de 2000.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONE SY CESANTIAS, a devolver a las ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante EDUARDO AVILA NAVARRETE, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

CUARTO: DECLARAR que el demandante EDUARDO AVILA NAVARRETE, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S., y hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

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

SEPTIMO: ORDENAR asi fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ANTE EL Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos ha concluido que es un deber de las administradoras brindar información clara, cierta, comprensible, oportuna respecto de las características condiciones diferencias, consecuencias de lo que conllevaría trasladarse de régimen y sus consecuencias futuras, así como también resaltó que estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación de primera instancia al considerar en primera medida que frente a la ineficacia el traslado que realizó el actor a Colpatria fue válido para el año 1994 ya que el formulario de afiliación es el único documento que se requería; pues a pesar de que siempre ha existido ese deber de información por parte de las administradoras lo cierto es que se ha tenido un desarrollo legal o jurisprudenciales, por cuanto no puede exigirse otro documento adicional al formulario de afiliación, cuando para dicho momento se exigía que se presentara una asesoría y la respectiva firma del formulario; señaló que el actor ratificó su permanencia en el RAIS a trasladarse de forma horizontal a otra AFP. Por lo que solicitó se revoque la sentencia proferida.

La apoderada de COLFONDOS, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en lo referente a la devolución de gastos de administración y cualquier otro concepto descontado de manera indexada, al considerar que dichos fondos fueron descontados de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y dichas comisiones fueron utilizadas en favor del demandante; que si bien se declaró la ineficacia del traslado, lo cierto es que no se debe desconocer la teoría de las restituciones mutuas, comoquiera que se está beneficiando al actor de unos trabajos que ha venido gozando plenamente.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que de conformidad con los medios probatorios arrimados al expediente, se establece que no existió un error de hecho sino de derecho, el cual con el paso del tiempo fue subsanado por la voluntad que se plasmó al momento de suscribir los formulario de afiliación y su vocación de permanecer en el régimen privado; que si bien la Corte Suprema de Justicia ha indicado que ese deber de información se debe acreditar en todos los procesos, lo cierto es que ese deber de información ha venido a cambiando con el paso del tiempo, luego para el año 1994 cuando el actor presentó el primer traslado la Ley 100 de 1993 ya trataba que la elección del régimen fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, mas no trata de hacer comparaciones.

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 visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 6 de julio de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en el año 1994 se trasladó de Colpatria hoy Porvenir S.A., en virtud de que desde el mes de febrero a abril recibió llamas insistentes por parte de dicho fondo pensional para solicitar una cita la cual se recibió en el mes de julio en la oficina en la cual laboraba para dicha data, por medio de la cual un asesor le indicó que debía trasladarse de forma inmediata a la AFP porque el seguro social se iba liquidar y por ende estaba expuesto a que perdiera todos los

aportes que hasta ahora había cotizado al RPM, así como también que con la AFP se iba a pensionar tres veces más alto en el valor que en el ISS y podría pensionarse de manera anticipada.

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, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de octubre 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MIGUEL ANTONIO VELASQUEZ OLEA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 023 2021 00199 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

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 Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de diciembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, toda vez que no había una expectativa legítima para el actor, como quiera que cuando se realizó el traslado el demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensiones, esto con fundamento en la sentencia C-789 del 2002. Por otro lado, señalo que no se legró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado del actor lo fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria de ordene a la AFP Colfondos S.A., devolver al RPM 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 lo dispone el artículo 1746 del Código Civil con todos los rendimiento causados y por consiguiente ordenar a Colpensiones la aceptación del traslado.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 4 de mayo de 1961; que inició a cotizar al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el 6 de agosto de 1986 y hasta el 31 de octubre de 1998; que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos S.A., el 31 de octubre de 1995, sin que se le hubiese brindado la información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado del régimen que le permitiera tomar una decisión consciente, conociendo las desventajas que acarrearía tal traslado.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1003, los artículos 4, 14, 15 y 17 del Decreto 656 de 1994, los artículos 15 y 16 del Decreto 692 de 1994, el Decreto 720 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, el Decreto 1299 de 1994, el Decreto 1889 de 1994, el Decreto 3800 de 2003, los artículo 48, 53 y 335 de la Constitución Nacional, los artículos 4 de la Ley 712 de 2001, los artículos 2, 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, el artículo 167 del Código General del Proceso, los artículos 7 y 12 del Decreto Reglamentario 3995 de 2008, el Decreto 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 y las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 68852 de 2019 y 65791 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado que realizó el demandante con la AFP Colfondos cuanta con plena validez en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el actor a dicho fondo, así como también se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad SUI GENERIS, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se no se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que aunque la afiliación es completamente válida y la AFP obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, si el despacho considera viable ordenar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el fondo no se opondrá a tal decisión y en consecuencia bajo ese supuesto, procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos. Propuso las excepciones de buena fe, compensación, pago y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 13 de diciembre de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del demandante MIGUEL ANTONIO VELASQUEZ OLEA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante MIGUEL ANTONIO VAELASQUEZ OLEA, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, de la aseguradora, con todos su frutos e intereses , esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan

devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR que el demandante MIGUEL ANTONIO VELASQUEZ OLEA para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, por las razones expuestas.

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

QUINTO: SIN COSTAS en la presente instancia.

SEXTO. ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos ha concluido que es un deber de las administradoras brindar información clara, cierta, comprensible, oportuna respecto de las características condiciones diferencias, consecuencias de lo que conllevaría trasladarse de régimen y sus consecuencias futuras, así como también resaltó que estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLFONDOS, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en lo referente a la devolución de gastos de administración con su debida indexación al considerar que dichos descuentos son autorizados por la ley de los cuales una parte es destinada el pago y la financiación de las pólizas de seguro previsional para siniestros de invalidez y sobrevivencia, descuentos que también realiza el RPM, de tal forma no resulta ajustado a derecho el retorno de dichos montos, ya que no sirven de financiación de la pensión de vejez que eventualmente se reconocería, por lo que no se causaría un detrimento con dicha decisión.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que en el presente caso no se evidencian vicios en el consentimiento o dolo, ya que no hay una expectativa legítima para el demandante comoquiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensiones, esto con fundamento en la sentencia C-789 del 2002, así como también se

encuentra inmerso en la prohibición legal ley 797 de 2003 y no es beneficiario del régimen de transición señalo que no se legró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado del actor lo fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones.

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 expediente se evidencia formulario de afiliación a Colfondos S.A., el 31 de octubre de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que laboraba en CAFAM en el año 1995 unos asesores de Colfondos S.A., le indicaron que el Seguro Social se iba acabar y que con el fondo privado la asignación en

pensión sería mucho mejor y podría pensionarse de manera anticipada; señaló que pregunto a dichos asesores sobre qué pasaría con los aportes que realizó al RPM y a las Fuerzas Armadas; al respecto le informaron que todos los aportes se trasladarían a la entidad y por tal motivo firmo el formulario de afiliación.

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, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración de forma indexada, 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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de diciembre 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR PEDRO ARGEMIRO GUTIERREZ GOMEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PROTECCION S.A**

RADICADO: 110013105 027 2019 00634 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de octubre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que el demandante no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es, el retracto, el cual le da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección, ya sea del régimen pensional o de administradora dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección. Resalta que al momento de la afiliación al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que de conformidad a lo hechos y de las pruebas documentales, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993,

esto es al 1 de abril de 1994 contaba con el requisito de semanas, pero no con la edad para regresar al RPM en cualquier tiempo.

I. ANTECEDENTES

El señor Pedro Argemirio Gutiérrez, pretende la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A., y en consecuencia de dicha declaratoria condenar a la AFP a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e interese como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 9 de febrero de 1963; que desde el 1 de diciembre de 1982 se encuentra laborando; que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1 de diciembre de 1982 hasta el año 1994; que el 13 de agosto de 1994 se trasladó a Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo le suministrara la información necesaria para trasladarse de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 1942 de 1995, cita las sentencias de la H. Corte Suprema de justicia con radicados número 31989 y 3114 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el expediente, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que no se observa dentro del plenario prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así como también no se evidencia solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir que hubo inconformidad por parte del demandante. Propuso las excepciones de descapitalización del

sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y genérica.

Por su parte, PROTECCIÓN., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, ya que de acuerdo al formulario de vinculación que suscribió el actor se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación. Propuso entre otras 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, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de octubre de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor PEDRO ARGEMIRO GUTIERREZ GOMEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del señor PEDRO ARGEMIRO GUTIERREZ GOMEZ como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES tener como válidamente afiliado al señor PEDRO ARGEMIRO GUTIERREZ GOMEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN.

QUINTO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCIÓN en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a COLPENSIONES toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue PROTECCIÓN.”

Como fundamento de su decisión, que acoge el criterio jurisprudencial dispuesto y reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias SL 1688 DE 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, por medio de las cuales la Corte ha definido de manera expresa que las sanciones impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamento en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a ello señaló respecto de la carga probatoria en este tipo de procesos se ha manifestado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se trasladó al RAIS esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse por quien lo invoca por lo que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar, que no se tuvieron en cuenta las reglas aplicables a las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, como lo son: 1) las obligaciones del trabajador conforme al Decreto 2241 de 2010. 2) la responsabilidad objetiva indilgada a Colpensiones 3) para el momento del traslado no era exigible para los fondos el nivel de asesoría que expone las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, por lo que no era exigible documentación externa. Refirió que la relación entre el actor y la AFP es completamente ajeno a dicho negocio jurídico y no puede verse afectada en recibir las prestaciones del demandante, pues genera una afectación a la estabilidad financiera.

La apoderada de PROTECCION S.A, interpuso recurso de apelación parcial en lo referente a la condena de trasladar las cuotas de administración y de seguro previsional a Colpensiones, al considerar que

durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a la AFP, se realizó una excelente gestión de administración de la cuenta de ahorro individual, esto se evidencia con los rendimientos generados, por lo que condenarse sería desconocer la gestión efectuada, precisó que se desconocería el derecho a las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 del Código Civil generándose a favor de Colpensiones un enriquecimiento sin justa causa, concluyó que dichos descuentos se encuentran en la Ley 100 de 1993 y tiene una naturaleza diferente a la pensiones y por ende se puede hablar de prescripción parcial de dichas cuotas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible del expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 9 de agosto de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo unos asesores de Protección S.A., le indicaron que trasladarse de régimen pensional era lo mejor, toda vez que la el monto de la pensión se duplicaría y por dicha información firmo el formulario de afiliación.

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 la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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."

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

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto

se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 11 de octubre 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NELLY PUENTES VASQUEZ
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS OLD MUTUAL S.A.

RADICADO: 110013105 034 2019 00511 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que no se tiene en cuenta las especificidades del caso ya que el Juez de primera instancia invirtió la carga de la prueba desconociendo la jurisprudencia que se ha proferido frente al caso en las sentencias C- 086 del 2016 y T- 422 del 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 en que decidió el traslado entre régimen, previa a

invertir la carga de la prueba, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso en concreto.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al juzgador de primera instancia, por cuanto no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondía en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

I. ANTECEDENTES

La señora Nelly Puentes Vásquez, pretende la nulidad del traslado que realizó a Horizonte S.A, hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a Old Mutual el traslado de todos lo dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al Instituto de los Seguros Sociales hasta a partir del 22 de diciembre de 1987, posteriormente inició su afiliación a la Caja de Previsión Nacional-CAJANAL a partir del 26 de marzo de 1991; y como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados de pensiones el 15 de julio de 2008 se trasladó a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., sin que dicho fondo le suministrara la información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de cada régimen pensional y por último se trasladó a Old Mutual S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13,33, 77, 106 y 146 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, articulo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011. El articulo 25 de la Ley 1564 de 2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado al plenario a folios 264 a 269, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la afiliación se realizó de plena validez ante la ley, ya que se realizó acorde con los parámetros legales exigidos para la época de la afiliación de la actora con la AFP. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

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

Por su parte, PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no se allega sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, así como también que se pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado no estaban a cargo de las AFP. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de noviembre de 2021, el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora NELLY PUENTES VASQUEZ, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones

y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A., el 15 de julio de 2008, y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO. CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SKANDIA S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora NELLY PUENTES VASQUEZ, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegó a ese fondo en los periodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual SKANDIA S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por NELLY PUENTES VASQUEZ y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de NELLY PUENTES VASQUEZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial.

QUINTO. ABSOLVER en lo demás.

SEXTO DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por PORVENIR S.A., y Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SEPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 DEL C.P.L

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que de acuerdo a los criterios fijados en la sentencia SL 1688 del 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente que redefinió la clase de responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y ahorro individual para garantizar el derecho de la libre escogencia de los afiliados en la que determino que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en el sentido estricto y no desde el régimen de nulidades, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador de buena fe y en consecuencia no se le puede exigir al afiliado

demostrar la existencia de vicios en el consentimiento, esto es error, fuerza o dolo, ya que el legislador expresó de que forma el acto de afiliación se vea afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que el traslado que realizó la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y cumpliendo con los requisitos que taxativamente la ley impuso para el año en que acaeció, por otro lado indicó que para la fecha del mencionado traslado la Superintendencia Financiera estableció una circular externa N°019 de 1998 el diligenciamiento del formulario debe realizarse para de esta manera hacerse efectivo el traslado siendo el único requisito sustancial para la época del traslado del régimen pensional, precisó que de conformidad el derecho de la libre escogencia en materia pensional, la accionante está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en el régimen y el desconocimiento de cualquier disposición no es argumento suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes. Refirió que dicha declaratoria afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones de conformidad a pronunciamiento de la Corte Constitucional T-489 de 2010.

El apoderado de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación y solicitó revocar las condenas impuestas en contra de la AFP al considerar que a pesar de que existe un precedente jurisprudencial respecto del deber de información, también se ha indicado que deben analizarse las particularidades de cada caso en concreto, en consecuencia resalta que la sentencia emitida no se hizo una valoración respecto de la normatividad vigente al momento del traslado y frente a la información suministrada por Horizonte para el año 2008; indica que la AFP cumplió a cabalidad con las cargas en materia al deber de información que le eran oponibles, como lo era entregar la información necesaria, clara y suficiente sumado con la suscripción de un formulario de afiliación el cual reconoce la actora; además de ello resalta que existen actos de relacionamiento al efectuar traslados horizontales. Por otro lado, señalo que se aparta de la condena de la devolución de rendimientos junto con los gastos de administración, ya que

los efectos de la ineficacia generan que las cosas se retrotraigan a su estado anterior, por lo que los rendimientos nunca se generaron.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formularios de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 15 de julio de 2008 y posteriormente el 26 de abril de 2017 a Old Mutual S.A hoy Skandia S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 2008 se trasladó a Horizonte S.A., en virtud de que le ofrecieron un contrato

en el Consejo Superior de la Judicatura y en el proceso de firma de documentos y en el proceso de diligenciar formatos de seguridad social, había un asesor del fondo privado que le indicó que el Seguro Social se iba a acabar y por tal motivo firmo el formulario de afiliación, posteriormente en el año 2017 se trasladó a Skandia S.A., en razón a que en su lugar de trabajo un asesor del fondo que le indico que podría tener mejor rentabilidad.

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 la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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 Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de noviembre 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA YOLANDA CASALLAS ROCHA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A

RADICADO: 110013105 038 2020 00208 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. MAYRA ALEJANDRA HOHADA ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 y tarjeta profesional No. 321634 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de octubre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la ley 797 de 2003, lo que deviene entonces en la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada, así como también que el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia ya que en el presente caso no debe estar en cabeza de la actora la carga de la prueba, ya que la misma se traslada a la parte pasiva dentro del proceso, por lo que la AFP p Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes están llamadas a probar la actuación diligente con la que se llevó a cabo la asesoría de la demandante al momento de realizar el trámite de traslado, ya que son las Administradoras quienes deben demostrar la información clara, completa, precisa, veraz, necesaria, oportuna y cierta proporcionada en dicho momento.

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Yolanda Casallas Rocha, pretende la nulidad y/o ineficacia del traslado que a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP proceda a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de efectuados en su momento a Colpensiones y por consiguiente ordenar a esa entidad aceptar el traslado.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 14 de julio de 1960; que cotizó para el Seguro Social de forma discontinua desde el 11 de octubre de 1989 hasta el 2001; que también tiene aportes en la extinta Caja de Previsión Social desde el 17 de marzo de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1995; que el 11 de junio de 2001 asesores de la AFP Porvenir la convencieron de aceptar el traslado pensional, suscribiendo para tal fin el formulario de afiliación, sin que le informaran de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que tendría el traslado de régimen pensional

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, Decreto 692 y 656 de 1994, el artículo 1502 del Código Civil, el Código General del Proceso, el Código Sustantivo del Trabajo y Procesal del Trabajo de la Seguridad Social, Sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia y todas las demás disposiciones legales concordante y complementarias aplicables.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no se allega en el plenario prueba alguna que permita establecer la falta al deber de información en cabeza de la AFP Porvenir S.A., que hubiese generado un vicio en el consentimiento, al momento de asesorar al demandante para su traslado de régimen pensional, así como tampoco se configuró la ineficacia que afecten la decisión libre y voluntaria. Propuso las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligaciones, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A, no dio contestación a la demanda.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de octubre de 2021, el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora MARTHA YOLANDA CASALLAS ROCHA, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., el día 11 de junio de 2001 y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora MARTHA YOLANDA CASALLAS ROCHA, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegó a ese fondo en los periodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por MARTHA YOLANDA CASALLAS ROCHA y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de MARTHA YOLANDA CASALLAS ROCHA al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSOLVER en lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del CPT y SS.

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que de acuerdo a los criterios fijados en la sentencia SL 1688 del 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente que redefinió la clase de responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y ahorro individual para garantizar el derecho de la libre escogencia de los afiliados en la que determino que este tipo de

trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en el sentido estricto y no desde el régimen de nulidades, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador de buena fe y en consecuencia no se le puede exigir al afiliado demostrar la existencia de vicios en el consentimiento, esto es error, fuerza o dolo, ya que el legislador expresó de que forma el acto de afiliación se vea afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación al considerar que respecto a la declaratoria de ineficacia se resalta que el traslado de afiliación fue valido, eficaz vinculándose para el año 2001 firmando para ello el respectivo formulario de afiliación el cual era el documento que se requería para la fecha para ser válidamente, si bien dicho deber de información ha existido por parte de las administradoras lo que se discute es que dicho deber ha tenido un desarrollo jurisprudencial progresivo, sin embargo no se realizó la debida interpretación para dicha data. Por otro lado, preciso que en lo referente a la condena de gastos de administración considera que en virtud de las restituciones mutuas resulta contradictoria dicha condena, resalta que dichas sumas no están destinadas el financiamiento de la pensión. En consecuencia solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que el deber información nace con la expedición de la Ley 100 de 1993, también es cierto que dicho deber se intensifico hasta el año 2009 cuando se convirtió en deber de asesoría y buen consejo y en ese sentido no es viable imponer una condena a la AFP exigiéndole formalidades a los fondos privados que no se encontraban previstas en el ordenamiento jurídico al momento del traslado, por lo que imponer una carga al RPM resulta inviable jurídicamente, así como también vulnera los principios de legalidad, confianza legítima y el debido proceso; precisó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa ya que el error de derecho no vicia el consentimiento.

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 del expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 11 de junio de 2001.

Del interrogatorio de parte absuelto por de la actora, señaló que asesores del fondo privado de Porvenir S.A., le indicaron que el Seguro Social se iba acabar y por tal motivo firmo el formulario de afiliación, precisó que no le informaron las ventajas o desventajas de pasarse a otro régimen pensional.

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 la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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 Segundo Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 29 de octubre 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA NUBIA CAMACHO BUSTOS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A**

RADICADO: 110013105 039 2020 00143 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de diciembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba en una prohibición legal descrita en el numeral 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modifico el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladar de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

PORVENIR, solicitó se revoque la sentencia en su integridad de primera instancia al señalar 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 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 mi representada es eficaz.

Por su parte la apoderada de la parte demandante, precisó que los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que la actora hubiese recibido una asesoría clara, idónea y oportuna, tal como lo establece la Corte en sentencia 4462 de 2019, toda vez que las AFP son quienes tiene el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia solicitó se confirme la sentencia proferida en primera instancia.

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Nubia Camacho, pretende que se declare la nulidad y /o ineficacia de traslado efectuado del RPM al RAIS en el mes de marzo de 2003 ante la Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado. Sustento sus pretensiones, en que desde el 16 de junio de 1990 hasta el 30 de abril de 2003, estuvo afiliada al Instituto del Seguro Social; que en marzo de 2003 en su lugar donde de trabajo se trasladó a Provenir S.A., sin que se le hubiera suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 de la Constitución Nacional, los artículos 1502, 1508,1513, 1514,1515, 1602, 1603 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado 31989 de 2008, 33083 de 2011 y 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el expediente, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso 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.

Por su parte, PRORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación del demandante con la AFP en el año 2003, fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en el formulario de afiliación. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del el 6 de diciembre de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante MARTHA NUBIA CAMACHO BUSTOS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de mayo de 2003 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.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, juro con los rendimientos y comisiones por administración (estas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que ha estado afiliada la actora y sin que le sea dable descontar suma por seguros provisionales, esto es, por pensión de invalidez, de sobrevivientes y para la garantía de la pensión mínima, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata 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: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de PORVENIR S.A., para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto de que se declara ineficaz.

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias enderecho la suma \$1.890.000, costas que deben ser pagadas por partes iguales.

SEPTIMO: 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 al considerar que no se puede declarar la ineficacia o nulidad del traslado por falta de información, toda vez que la AFP para el momento en que la actora efectuó el traslado; cumplió con las obligaciones propias para dicha data como lo era el deber de información a través del formulario de afiliación, siendo una decisión libre y voluntaria que se originó con ocasión de la información suministrada, señaló además de ello que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal. Por otro lado, solicitó se revoque la condena impuesta por concepto de administración con fundamento en que durante el tiempo en que la actora estuvo vinculada con la AFP la entidad ha administrado los recurso de manera eficiente, por lo que no existe una obligación legal de devolver dichos montos, pues el fondo no actuó de mala fe.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque las sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la entidad de todas y cada una de las condenas incoadas en su contra al considerar que el traslado que realizó la demandante a Porvenir S.A., en el año 2003 se efectuó sin que se hubiera ejercido ninguna coacción, y se ejerció de manera libre, espontánea y voluntaria, resaltó que para el momento en que se solicitó retornar al RPM ya se encontraba dentro de la prohibición regulada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 se encontraba con menos de 10 años para adquirir su derecho 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.

Del documento visible del expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., en el año de 2003.

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 la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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 Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 6 de diciembre 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE ELIECER
MOLANO ALVARADO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 037 2019 00623 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de abril de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por Colpensiones, en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia señalando que al demandante se le reconoció la prestación por el Ministerio de Defensa Nacional, por lo que no era procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, toda vez que había inmersa una incompatibilidad legal e igualmente dichas cotizaciones debían ser utilizadas para el financiamiento de la pensión de jubilación ya reconocida.

-+ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se le reconociera la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y en consecuencia se ordenara a Colpensiones a pagarle dicha indemnización, por los 1883 días que cotizó hasta el año de 1996, valor debidamente indexado o ajustado y al pago de las costas que surgieran en el proceso.

En sustento de sus pretensiones mencionó que mediante Resolución No. 1875 MDPSN-069 el Ministerio de Defensa, le reconoció la pensión de vejez como miembro de las FF.MM de Colombia; que acreditó 1883 días de cotizaciones como trabajador independiente al ISS, hechas en el sector privado; que el 28 de enero de 2019, presentó petición ante el Ministerio de Defensa, consultando si esos 1883 días fueron tenidos en cuenta para reconocer su derecho pensional; que el Ministerio de Defensa mediante oficio No. 19-8253 del 7 de febrero de 2019, señaló que solo tuvo en cuenta el tiempo que desempeñó en el Ministerio; que el 19 de febrero de 2019,

presentó solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva ante Colpensiones, la cual mediante respuesta del 9 de marzo de 2019, negó el derecho, siendo apelada tal decisión el 10 de abril de 2019, la que fue confirmada por la demandada, el 9 de mayo de 2019.

Cómo fundamento normativo citó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1730 de 2001, así mismo, trajo a colación las sentencias T-525 de 2015, T-059 de 2011, expedidas por la Corte Constitucional y la sentencia de radicación No. 40413 de 2012, expedida por la Corte Suprema de Justicia.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda como se observa a folios 50-55, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto no debía reconocerse indemnización sustitutiva al actor, en razón a que el mismo gozaba de una prestación de idénticas características reconocida por el Ministerio de Defensa Nacional, resaltando que los aportes o cotizaciones efectuadas en otras entidades de previsión se les debía aplicar lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, que dispone que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS, serían utilizados para financiar la pensión y que cuando no se tuviera en cuenta algún tiempo para el reconocimiento pensional, no se incluyera en el cálculo del bono o no procediera la expedición del mismo, se entregaría a quien

reconociera la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones, de manera que en el evento de encontrarse probado que las 269 semanas cotizadas no fueron tenidas en cuenta para la liquidación de la pensión, serían entregados al Ministerio de Defensa Nacional. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de abril de 2021, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que al demandante JORGE ELIECER MOLANO ALVARADO le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar la suma de \$2.160.014,01 correspondiente a la indemnización sustitutiva, valor que deberá ser debidamente indexado a partir del 12 de enero de 2008 hasta el pago efectivo del mismo.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar costas. Para el efecto fíjese la suma de \$400.000 como agencias en derecho. Por secretaria tásense.

CUARTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Como fundamento de su decisión argumentó que atendiendo el criterio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, establecido en sentencia SL-3649 de 2020¹ y SL-451 de 2013, y toda vez que, de una parte la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Defensa

¹ Pensión de jubilación magisterio y devolución de saldos.

no hacia parte del RPM y que la misma había sido reconocida con exclusividad al tiempo de servicios a ella prestados 1977-1996, y de otra se evidenciaba que todos y cada uno de los aportes registrados en Colpensiones fueron efectuados por empleadores del sector privado y no se correspondían con el tiempo laborado en el Ministerio de Defensa, es decir, que incumbían a labores con empleadores de la empresa privada que por disposición legal debían efectuar aportes, no existía duda alguna frente a que se trataba de una prestación excluida del sistema general de pensiones y de otra prestación causada en virtud de la labor como trabajador privado, de manera que ambas prestaciones resultaban compatibles.

Precisado lo anterior, señaló que se cumplían los requisitos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, puesto que la misma resultaba procedente dado el bajo volumen de cotizaciones realizadas y que se había superado con creces la edad para el reconocimiento pensional, de igual forma señaló, que si bien existía una posición que señalaba que los beneficios contemplados en la Ley 100 de 1993, solo se reconocerían a partir de su vigencia, existían sentencias de tutela que establecían que procedían con anterioridad a la misma, finalmente y tratándose de la excepción de prescripción, señaló que en sentencia SL4300-2020, se indicó que la indemnización sustitutiva al corresponder a un derecho que reemplaza la pensión tenía el mismo carácter de imprescriptible.

III. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva reclamada por el demandante.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que al Señor Jorge Eliecer Molano Alvarado, nació el 1 de diciembre de 1948; ii) que le fue reconocida pensión de Jubilación por el Ministerio de Defensa, mediante Resolución No. 13832 de 1996, por contar con más de 20 años de servicio para la entidad y que para tal reconocimiento se tuvo en cuenta el tiempo de servicio continuo prestado entre 1977 y 1996 y iii) que contaba con 1883 días laborados correspondientes a 269 semanas cotizadas en el sector privado, entre el 4/12/1970 – 22/04/1977 y del 01/07/1996 al 15/08/1996.

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, contempla las características del Sistema General de Pensiones, y allí señala en su literal c, que los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la misma ley, es decir, en la Ley 100 de 1993.

De Igual forma debe tenerse en cuenta que el artículo 279 ibidem, establece que *“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las*

Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.” y toda vez que el desmonte de los regímenes exceptuados se estableció para el 31 de julio de 2010, conforme se indicó en el párrafo transitorio 2 del acto legislativo 01 de 2005, se tiene que en el caso del demandante, como su prestación de jubilación fue reconocida antes del desmonte de los regímenes exceptuados, se colige con claridad que la pensión reconocida por el Ministerio de Defensa, no hace parte del Sistema General de Pensiones, pues se trataba de una pensión reconocida en un régimen exceptuado.

Así mismo, resulta oportuno mencionar cual es la naturaleza jurídica de los recursos administrados por Colpensiones, pues uno de los criterios que se aducen para determinar la incompatibilidad de las prestaciones es que ambas provengan del tesoro público, debiéndose frente ello recordar, lo que nuestro máximo órgano de cierre, esto es, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL1198-2019, frente a la naturaleza de los recursos administrados por COLPENSIONES, en la que además trajo a colación lo señalado por la Corporación en la sentencia SL5792-2014, pronunciamiento reiterado en la sentencia SL4538-2018, en donde se indicó:

“(...) en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de

administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 Mayo 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov. 2013, Rad. 41306.

(...)"

De acuerdo con la jurisprudencia citada, es claro que se tiene por sentado que los recursos administrados por el Iss hoy Colpensiones, no provienen del tesoro público, aspecto que si se predica respecto de las pensiones otorgadas por el Ministerio de Defensa Nacional, de manera que al no provenir ambas de la misma fuente no se contraviene ni el artículo 128 de la Constitución Política, ni el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, que contemplan la prohibición de recibir más de una asignación del erario público.

En ese orden de ideas, y dado que como lo sostuvo el a quo, las cotizaciones realizadas a Colpensiones obedecieron a periodos diferentes a los que se tuvieron en cuenta para el reconocimiento pensional en el Ministerio de Defensa y fueron efectuadas como empleado del sector privado, se tiene que si es viable analizar la prestación que se reclama, como compatible con la pensión de jubilación reconocida por el Ministerio de Defensa.

En lo que respecta a la indemnización sustitutiva, debe tenerse en cuenta que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993,

establece que *“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”* y dado que es evidente que el demandante en toda su historia laboral solo cotizó 269 semanas y cumplió los 60 años de edad², el 1° de diciembre de 2008, se tiene que le faltarían mas de 19 años de cotizaciones para obtener la pensión, siendo incuestionable la imposibilidad de continuar cotizando que presenta el actor, razón por la cual, se cumplen todos los requisitos para su reconocimiento.

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

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

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

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

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no manejara

² Requisito de edad exigido para ese momento de acuerdo con lo contemplado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.)

separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.

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

A continuación, se procede a transcribir las operaciones aritméticas efectuadas en aplicación de la fórmula antes mencionada, destacando que para ello se solicitó al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, procediera a calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2008 (año en que cumplió los 60 años de edad), para obtener el valor de la indemnización sustitutiva, la cual arrojó la siguiente cifra:

Cálculo Toda La Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1970	28	0,110	64,820	589,273	\$ 638,71	\$ 376.374,00	\$ 351.282,00	
1971	288	0,120	64,820	540,167	\$ 694,38	\$ 375.078,00	\$ 3.600.749,00	
1972	366	0,140	64,820	463,000	\$ 649,18	\$ 300.570,00	\$ 3.666.954,00	
1973	345	0,160	64,820	405,125	\$ 1.039,57	\$ 421.154,00	\$ 4.843.271,00	
1974	365	0,190	64,820	341,158	\$ 1.602,08	\$ 546.563,00	\$ 6.649.850,00	
1975	157	0,250	64,820	259,280	\$ 1.405,03	\$ 364.297,00	\$ 1.906.488,00	
1976	177	0,290	64,820	223,517	\$ 1.674,92	\$ 374.372,00	\$ 2.208.795,00	
1977	112	0,360	64,820	180,056	\$ 2.890,18	\$ 520.393,00	\$ 1.942.801,00	
1996	45	21,800	64,820	2,973	\$ 210.016,33	\$ 624.461,00	\$ 936.692,00	
Total días	1883	Total devengado actualizado a				2008	\$ 26.106.882,00	
Semanas Cotizadas S.C.	269,00	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 97.051,61	
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					6,450%	
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2008	\$ 1.683.915,00	

Como se observa, el cálculo realizado en esta instancia es inferior a la cifra establecida por el a quo, por lo que se procederá a modificar la decisión, bajo el entendido que el

valor que corresponde a la indemnización sustitutiva asciende a \$1.683.915.

En lo que atañe a la excepción de prescripción, debe mencionarse que en efecto nuestro máximo órgano de cierre, desde la expedición de la sentencia SL4559-2019, recogió el criterio jurisprudencial expuesto en las sentencias CSJ SL 26330, 15 may. 2006 y CSJ SL 36526, 23 jul. 2009, y avaló la tesis de la imprescriptibilidad del derecho a la indemnización sustitutiva, siendo que *“si la pensión de vejez es imprescriptible, también debe serlo su sucedáneo – indemnización sustitutiva–, en tanto ambas prestaciones pertenecen al sistema de seguridad social y revisten tal importancia que su privación conlleva a la violación de derechos ciudadanos.”*

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: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de abril de 2021, bajo el entendido que el valor a reconocer y pagar por concepto de indemnización sustitutiva asciende a \$1.683.915 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA RAMIREZ DE ACOSTA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 001 2019 00660 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora SANDRA PAOLA ANILLO DIAZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.050.038.302 y tarjeta profesional No. 271.077 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de junio de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de Colpensiones, en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia, mencionado que la señora Ivonne Marcela Acosta Ramírez, cumplió la mayoría de edad el 11 de marzo de 2009 y solo se presentó a reclamar pensión de sobrevivientes el 23 de diciembre de 2014, es decir 5 años después del cumplimiento de la mayoría de edad, por lo que había operado el fenómeno de la prescripción, igualmente indicó que se configuraba la excepción de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación atendiendo que las entidades del estado no podían reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad.

ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que tenía derecho al retroactivo pensional dejado en suspenso mediante la Resolución GNR 26958 del 26 de enero de 2016, en consecuencia, se ordenara a Colpensiones a pagar el mismo, correspondiente a la suma de \$15.542.138, al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100

de 1993, a la indexación de las sumas, a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que mediante Resolución GNR 26958 del 26 de enero de 2016, le fue reconocida pensión de sobreviviente con efectividad a partir del 23 de diciembre de 2011 (50%), correspondiendo el otro 50% a su hija Ivonne Marcela Acosta Ramírez; que el valor dejado en suspenso ascendía a la suma de \$15.542.138, no pagado en consideración que para la fecha de efectividad, la señorita Acosta Ramírez, era mayor de edad y debía acreditar estudios, finalmente indicó que su hija la señorita Acosta Ramírez, renunció a la mesada pensional, por lo que no existía controversia en el valor dejado en suspenso.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 1, 2, 13, 14, 18, 21, 24 y SS del CST y los artículos 1, 2, 6, 7, 10, 11, 12, 13, 15, 17, 31, 32, 46, 47, 7, 52, 73, 74, 141 de la Ley 100 de 1993.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda como se observa a folios 48-52, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto mediante Resolución No. GNR 26958 del 26 de enero de 2016, se reconoció pensión de sobreviviente a la actora como cónyuge del causante, en un porcentaje del 50%, a partir del 23 de diciembre de 2011 (en

aplicación de la prescripción), de igual forma, refirió que se reconoció a Ivonne Marcela Acosta Ramírez, un pago único, por el retroactivo de las mesadas causadas desde el fallecimiento del padre y hasta cuando cumplió la mayoría de edad (28 de mayo de 2004 al 11 de marzo de 2009), y como solo se presentó a reclamar la pensión 5 años después del cumplimiento de la mayoría de edad, había operado la prescripción, dado que contaba con 3 años a partir del cumplimiento de la mayoría de edad para elevar solicitud e interrumpir prescripción, no obstante no lo hizo, por lo que no tenía derecho a las sumas reconocidas en la Resolución. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia el derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, propuestas por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme lo motivado.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones invocadas por la demandante señora ANA ISABEL RAMIREZ DE ACOSTA, identificada con C.C. 20.525.685, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Tásense.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia, CONSULTESE con el superior.”

Como fundamento de su decisión argumentó que las pretensiones de la demanda ya estaban satisfechas, siendo

que lo que quedó en suspenso fue el retroactivo que le correspondía a la señora Ivone Marcela en su condición de hija mayor, en razón a que la declaración que allegó a Colpensiones no expresó si estaba estudiando o si iba a acrecentar la mesada de su madre, dejándose en suspenso por tanto tales mesadas, de igual forma se indicó que dado que lo que se solicitó fue un retroactivo y no un acrecimiento, no era posible estudiar unas pretensiones diferentes a las plasmadas en el líbello de la demanda, por cuanto no fueron objeto de discusión, trayendo a colación frente a ello, sentencias de la C.S.J., S.C.L. respecto a fallos extrapetita y principio de congruencia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, señaló que veía con extrañeza como se negó el retroactivo que se dejó en suspenso, que correspondía al valor generado entre el 23 de diciembre de 2011 a marzo 2016, el cual de no ser reconocido a la señora Ivone corresponde a la señora Ana Isabel Ramírez, estando probado que Colpensiones dejó en suspenso porque no se tenía claridad si la señora Ivone estaba adelantando estudios, condicionando el pago de dicho valor a la manifestación de la posible beneficiaria, como se indicó en la Resolución No. GNR 26958 del 26 de enero de 2016, mencionando sobre el particular que se allegó a Colpensiones documento en el que la señora Ivone informó su renuncia a la pensión por haber cumplido 25 años y que fuera entregada en favor de su madre.

Así mismo, mencionó que el problema jurídico se centraba en analizar si la actora tenía derecho a este valor, razón por la cual solicitó que se revocara en su totalidad la sentencia.

IV. 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 de las sumas dejadas en suspenso que reclama la demandante.

En primer lugar, debe recordarse que de acuerdo con diversos pronunciamientos jurisprudenciales se tiene que corresponde al juez interpretar la demanda y para ello debe tener en consideración los supuestos facticos que fundamentan las pretensiones, a efectos de dilucidar el asunto objeto de controversia puesto a su consideración.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que al verificar los hechos 2, 3, 4, 5 y 6 de la demanda y analizar las pretensiones reclamadas, se colige que lo que se pretende por la demandante es el reconocimiento de las sumas que fueron dejadas en suspenso por Colpensiones a favor de su hija Ivonne Marcela Acosta Ramírez.

Aclarado lo antes expuesto, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos:

- i) Que mediante Resolución No. GNR 26958 del 26 de enero de 2016, se le reconoció pensión de sobreviviente a la

señora Ana Isabel Ramírez de Acosta, a partir del 23 de diciembre de 2011 (en aplicación de la prescripción), en un porcentaje del 50%, en condición de cónyuge y en cuantía inicial de \$267.800, causando un retroactivo entre 2011 y 2016 de \$15.542.138; de igual forma, en el mismo acto administrativo, se reconoció pensión de sobrevivientes a favor de Ivonne Marcela Acosta Ramírez, a partir del 28 de mayo de 2004 y hasta el cumplimiento de la mayoría de edad (11 de marzo de 2009), en un porcentaje del 50%, en condición de hija y en cuantía inicial de \$179.000, causando un retroactivo entre 2004 y 2009 de \$12.573.747.

- ii) Que en la mencionada resolución, también se indicó que solo se reconocerían las mesadas pensionales causadas entre el fallecimiento del afiliado y el cumplimiento de la mayoría de edad de Ivonne Marcela Acosta (11 de marzo de 2009), como quiera que en calidad de hija mayor de edad estudiante deberían dejarse en suspenso las sumas a que hubiera lugar, pues con la declaración extra juicio que se allegó la solicitante, si bien refirió que no se encontraba adelantando estudios, no se pronunció sobre los años anteriores (a la fecha de su solicitud), ni consagró de manera expresa su intención de acrecentar el porcentaje de la mesada de su madre.
- iii) Que Colpensiones mediante Resolución No. APSUB 2999 del 10 de agosto de 2017, al resolver petición presentada por la actora (20 de junio de 2017), en la que solicitaba el pago de las sumas dejadas en suspenso, indicó que Ivonne Marcela Acosta, cumplió la mayoría de edad el 11

de marzo de 2009 y solo se presentó a reclamar el 23 de diciembre de 2014, cuando ya habían pasado mas de 5 años después del cumplimiento de la mayoría de edad, por lo que había operado el fenómeno de la prescripción.

Para resolver, lo primero que debe considerarse es la fuente que genera el derecho, por lo que la primera conclusión a la que habría de llegarse es que tratándose de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes la fuente de su derecho es de origen legal, lo que de contera conduce a determinar que solo es la ley quien puede establecer cuando nace y/o se extingue el mismo, de modo que no podría cederse como lo manifiesta la hija beneficiaria.

Aclarado lo anterior, resulta pertinente acudir al artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (Modif. artículo 13 de la Ley 797 de 2003), a efectos de establecer cuando se genera el derecho tratándose de cónyuge e hijos:

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. (Modif. artículo 13 de la Ley 797 de 2003). 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;

(...)

*c) **Los hijos menores de 18 años;** los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*

(...)”.

En el caso de la cónyuge se tiene que la pensión sería vitalicia cuando a la fecha de fallecimiento del causante, esta tuviera 30 años, aspecto que en el caso de autos se cumple, pues la actora nació el 3 de noviembre de 1956, es decir, que para la fecha de fallecimiento del señor José Marco Acosta Castillo, ocurrido el 28 de mayo de 2004, la demandante contaba con 47 años, de lo que se colige que en principio la señora Ana Isabel Ramírez, sería la beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que de la unión matrimonial entre la demandante y el causante, se procreó a Ivonne Marcela Acosta Ramírez, que nació el 12 de marzo de 1991, es decir, que para la fecha de fallecimiento del padre, contaba con 13 años de edad, siendo entonces menor de edad y por tanto también beneficiaria de la pensión de sobrevivientes hasta que cumpliera la mayoría de edad, es decir, hasta el 11 de marzo de 2009, conforme se establece expresamente en la primera parte del literal c del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Sobre el particular, debe indicarse que el artículo 28 del Decreto 758 de 1990, aplicable por cuanto regula aspectos generales de la prestación de vejez, establece en su numeral 1°, lo siguiente “El cónyuge sobreviviente o compañero o compañera permanente del causante, tendrá derecho a recibir en concurrencia con los hijos menores, inválidos de cualquier edad y estudiantes de 18 o más años de edad, el 50% de la pensión, correspondiéndoles a estos beneficiarios el otro 50% que se distribuirá en forma proporcional entre ellos”, luego en

el parágrafo 1°, señala *“Cuando por extinción o pérdida del derecho, faltare alguno de los beneficiarios del respectivo orden, la cuota parte de su pensión, acrecerá en forma proporcional a la de los demás.”*

En ese orden de ideas, se tiene que mientras la hija Ivonne Marcela Acosta Ramírez, fuera menor de edad, tanto la cónyuge como la hija recibirían el 50% de la mesada pensional, sin que hasta aquí se advierta yerro alguno, pues Colpensiones ordenó el pago de los diferentes retroactivos para cada una de estas atendiendo las circunstancias de prescripción aplicables para cada una de ellas.

Sin embargo, la controversia se suscita cuando la hija cumple la mayoría de edad y Colpensiones deja en suspenso el equivalente al 50% de la mesada que a su criterio le correspondía a esta aduciendo que *“Esta entidad requiere el aporte de soportes de estudios para poder reconocer suma alguna a la señora ACOSTA RAMIREZ IVONNE MARCELA. O si su decisión es acrecentar la mesada de su señora madre, declaración extrajuicio en donde manifieste de manera expresa su renuncia a la parte que le corresponde de la mesada pensional y que desea – de manera expresa – acrecentar el porcentaje de su señora madre. Hasta tanto esta entidad no cuente con los debidos soportes, tal porcentaje de la prestación hoy reconocida permanecerá en suspenso.”*

Al respecto, debe tenerse en cuenta que por disposición legal se tiene derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se es hijo hasta cumplir la mayoría de edad, es decir, que por

regla general allí se extingue el derecho, no obstante, se puede ser beneficiario como hijo mayor de edad entre los 18 y 25 años, y para ello se debe acreditar la condición de estudiante, es decir, que solo hasta que se cumpla con tal condición nacía el derecho como hija mayor de edad, de manera que si la señora Ivonne Marcela Acosta, no cumplió con la condición exigida para que naciera el derecho, lo que procedía, era el reconocimiento en un 100% de la mesada a la señora Ana Ramírez de Acosta, pues ello opera por disposición legal. En consideración a lo anterior el actuar de la entidad fue equivocado, en la medida en que el cumplimiento de la mayoría de edad extinguía el derecho en la medida en que no se acreditó la condición de estudiante que permitiera prorrogarlo hasta el límite de los 25 años y por tanto deberá procederse con la revocatoria de la sentencia expedida por el juez de primer grado.

Ahora bien, precisado lo anterior, y toda vez que Colpensiones tanto en la Resolución APSUB 2999 del 10 de agosto de 2017, a través de la cual se pronunció sobre la petición presentada por la actora el 20 de junio de 2017, en la que reclamaba el pago de las sumas dejadas en suspenso en favor de su hija Ivonne Marcela Acosta, como en la contestación de la demanda, mencionó que las sumas reclamadas fueron afectadas por el fenómeno de la prescripción en tanto que la mencionada joven contaba con 3 años a partir del cumplimiento de la mayoría de edad para reclamar el pago de las sumas dejadas en suspenso pero que pasaron mas de 5 años cuando se presentó la solicitud (23 de diciembre de 2014); se reitera que tales sumas no debieron

haberse dejado en suspenso, sino debieron acrecentar la mesada pensional de la demandante, dado que el derecho como hija mayor de edad, no surgió a la vida jurídica por no acreditar las condiciones que permitían su nacimiento, en ese orden de ideas y como la solicitud de reconocimiento de la pensión tanto de la demandante como de su hija se presentó el 23 de diciembre de 2014, siendo expedida la Resolución GNR 26958¹ el 26 de enero de 2016, y presentada la reclamación de pago de las mesadas por la actora, el 20 de junio de 2017, se tiene que la demandante tiene derecho al pago del 50% de las mesadas dejadas en suspenso **desde 21 de junio de 2014**, esto es, los tres años anteriores a la reclamación.

En lo que atañe a los intereses moratorios reclamados, debe recordarse que nuestro máximo órgano de cierre, viene adoctrinando desde la expedición de la sentencia SL3130-2020, que los intereses moratorios “(...) *tienen como finalidad reparar los perjuicios ocasionados al pensionado por la mora en el pago de su respectiva pensión, es imperioso reconocer que deben tener procedencia tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva*”, en dicha sentencia también se mencionó que se mantenía vigente el carácter resarcitorio de los intereses mas no sancionatorio y que tratándose de saldos o reajustes de la pensión los intereses debían liquidarse respecto de las sumas debidas y

¹ A través de la cual se efectuó el reconocimiento pensional en favor de la actora, a partir del 23 de diciembre de 2011, y de Ivonne Marcela Acosta, entre el 28 de mayo de 2004 y el 11 de marzo de 2009, dejando en suspenso las mesadas que se generaban a partir del cumplimiento de la mayoría de edad.

no pagadas, esto es, sin tener en cuenta la totalidad de la mesada pensional.

Corolario de lo anterior y siendo claro que Colpensiones dejó de cancelar el 50% de la mesada pensional a la que tenía derecho la señora Ana Ramírez de Acosta, se tiene que como la actora presentó reclamación del pago de tales mesadas el 20 de junio de 2017, conforme se desprende de lo señalado en la Resolución No. APSUB 2999 del 10 de agosto de 2017 y, los intereses moratorios de la pensión de sobrevivientes se causan una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, conforme al término que concede el artículo 1 de la Ley 717 de 2001 a las entidades de seguridad social, se tiene entonces que en este caso los intereses moratorios correrán sobre el valor de la mesada pensional *dejada en suspenso*, a partir del 21 de agosto de 2017y hasta la fecha efectiva de pago de tales mesadas.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandada.

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 emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que a la señora ANA RAMIREZ DE ACOSTA, le asistía el derecho al acrecimiento de su mesada pensional en un 100% cuando se extinguió el derecho de su hija Ivonne Marcela Acosta Ramírez, por cumplir la mayoría de edad el 2 de marzo de 2009.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción de las sumas correspondientes a las mesadas pensionales dejadas en suspenso con anterioridad al 21 de junio de 2014.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a la señora demandante ANA RAMIREZ DE ACOSTA el retroactivo pensional, equivalente a las sumas que en su momento se dejaron en suspenso en favor de IVONNE MARCELA ACOSTA RAMIREZ, correspondientes al 50% de la mesada pensional, causadas entre el 21 de junio de 2014 y hasta la fecha en que se aplique el acrecimiento en vida de la beneficiaria.

QUINTO: CONDENAR a la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a pagar a la demandante ANA RAMIREZ DE ACOSTA, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre el valor del 50% de la mesada pensional, causado entre

el 21 de junio de 2014 y la fecha en que se acrecienta la mesada pensional en un 100% en favor de la demandante, los cuales correrán a partir del a partir del 21 de agosto de 2017 y hasta la fecha efectiva de pago de las mesadas aludidas.

SEXTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000 y en primera instancia la suma de \$1.000.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por LUZ MARINA
ARIZA BOTIA contra EMPRESA DE ACUEDUCTO Y
ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ - ESP.**

RADICADO: 11001 3105 021 2019 00646 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós
(2022).

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 parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de mayo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de la pasiva, quien en su escrito solicitó confirmar la decisión, teniendo en cuenta que si bien la EAAB ESP, debía vincular a sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, particularmente a aquellos que venían vinculados bajo otra modalidad a la suscripción de la CCT, en el mismo acuerdo se autorizó a la entidad a terminar los contratos de aquellas personas que laboraban en la planta transitoria para vincularlos nuevamente a partir del 1° de diciembre de 2015, a la planta fija de la EAAB E.S.P., mediante contrato a término fijo inicialmente por 13 meses prorrogables dentro del régimen de transición (20 de noviembre de 2020), por lo que dichos contratos fenecieron y los trabajadores debían participar en el concurso de méritos, de manera que era por disposición de la convención que se permitía realizar la provisión de dichos cargos por contratos a término fijo, por lo que si se pretendía una vinculación a término indefinido debía aplicar y aprobar el concurso de méritos.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que en la Convención Colectiva de Trabajo (en adelante CCT), celebrada entre la EAAB ESP y el Sindicato de Trabajadores y Empleados de Servicios Públicos, Corporaciones Autónomas, Institutos Descentralizados y Territorios de Colombia - SINTRAEMDES, el 24 de noviembre de 2015, se estableció que los contratos de trabajo de quienes estaban vinculados a la empresa para la firma de la CCT, eran a término indefinido; que se encontraba afiliada a la organización sindical SINTRAEMDES y que era

beneficiaria de la CCT, en consecuencia, se determinara que el contrato a término fijo que suscribió el 19 de febrero de 2013, era en realidad a término indefinido, por lo que, se debía insertar en el contrato tal estipulación, finalmente reclamó el pago de las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones mencionó que suscribió contrato a término fijo con la EAAB ESP, el 19 de febrero de 2013, cuyo término de duración fue hasta el 18 de agosto de 2013, siendo contratada para desempeñarse en el cargo de tecnólogo administrativo nivel 30, contrato que se prorrogó mediante diversos memorandos internos hasta el 30 de noviembre de 2015; que entre el 2 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, se celebró entre las partes, nuevo contrato a término fijo, para desempeñar el mismo cargo y nivel, el cual se fue prorrogando mediante diversos otrosíes, siendo la última prórroga hasta el 31 de diciembre de 2019; que siempre había desempeñado el mismo cargo; que no había realizado reemplazos, no se trataba de un trabajo ocasional o transitorio, ni de una obra o labor determinada y que al ser beneficiaria de la CCT, estaba vinculada mediante contrato a término indefinido y por tanto, no estaba sujeta a participar en el concurso establecido en la CCT.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 1°, 25, 29, 39 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 25, 27, 74, 78, 80 y 82 del CPTSS, el artículo 38 de la Ley 50 de 1990 y la CCT suscrita entre la EAAB E.S.P. y SINTRAEMDES vigencia 2000-2003 y 2015-2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La EAAB ESP, contestó la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto la demandante pretendía que se le diera un alcance diferente a unas normas convencionales que eran claras, trayendo a colación lo expuesto en el artículo 57 y señalando que su lectura no podía ser aislada de lo expuesto en el artículo 58, por cuanto tal precepto hacía parte de la totalidad del texto convencional y conforme a esta era que debía dársele su verdadero sentido y alcance.

También refirió que la empresa no había negado ningún beneficio convencional a la trabajadora y había cumplido a cabalidad con sus obligaciones como empleador, coligiendo que se buscaba deslegitimar y/o defraudar la CCT dado que se buscaba el aval judicial para no tener que presentar concurso de méritos para ser contratado a término indefinido, señalando que el cargo para el que fue contratada la demandante el 19 de febrero de 2013, no existía en la planta de cargos de la empresa, era de una planta transitoria, que expiró el 30/11/2015, en donde el cargo que ocupaba la demandante a partir de la nueva vinculación 02/12/2015 mediante contrato a término fijo, se creó mediante acuerdo 24 de 2015, el cual se encontraba sujeto a concurso de méritos, para poder ser provisto mediante contrato a término indefinido.

La demandada propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para

pedir, mala fe de la demandante, mala fe de la demandada, compensación, prescripción, falta de claridad en las pretensiones de la demanda y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de mayo de 2021, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR y BUENA FE DE LA DEMANDADA, propuestas por la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA EAAB E.S.P., relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.

SEGUNDO: En consecuencia, ABSOLVER a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA EAAB – ESP, de todas y cada una de las pretensiones endilgadas en su contra por la accionante LUZ MARINA ARIZA BOTIA, conforme se expuso en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la señora demandante LUZ MARINA ARIZA BOTIA y a favor de la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA EAAB – ESP, líquidense por secretaria donde se incluirá como agencias en derecho la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS (\$400.000).

CUARTO: En caso de no ser apelada esta decisión y por ser adversa a los intereses de la parte demandante, CONSULTESE con el superior, para que este pueda pronunciarse al respecto.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que si bien los artículos 57 y 58 de la CCT, contemplaban como regla general que la vinculación debía hacerse mediante contrato a término indefinido, salvo las excepciones allí expresamente contempladas, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 49 CCT (régimen de transición), que facilitaba el ingreso de los trabajadores bajo esta modalidad mediante un concurso de méritos, así como, lo señalado en el artículo 53 CCT, que contemplaba el concurso de méritos y lo expuesto

en el Acuerdo 024 de 2015 (que modificó el acuerdo de junta directiva No. 012 del 25 de junio de 2007), que contempló entre otros la creación de una planta de personal de 1193 cargos, dentro del que se encontraba el cargo desempeñado por la demandante, mismas actividades a las que se había referido el régimen de transición, en virtud de la que se permitió la vinculación de los trabajadores a término fijo en concordancia con lo expuesto en el artículo 51 de la CCT.

En esa medida y dado que no podía efectuarse una interpretación aislada de las normas convencionales, se indicó que pese a que la situación expuesta no se enmarcaba dentro de las 4 situaciones expuestas para la contratación a término fijo, no podía pasarse por alto que el régimen de transición se estableció para facilitar el ingreso mediante un concurso de méritos a la planta de personal y que era un requisito sine quanon presentar y superar el concurso de méritos, siendo que pese a las previsiones del inciso 2 del artículo 57 CCT, no podía pasarse por alto que entre las partes se suscribió un nuevo contrato el 2 de diciembre de 2015, esto es, en vigencia de la CCT 2015 -2019, esto era, dentro del Régimen de transición, sin que se pudiera obviar el concurso de méritos, especialmente cuando no se pretendió la declaratoria de un único contrato y cuando de acuerdo con las documentales obrantes en el proceso, la demandante participó del concurso de méritos adelantado por la Universidad Nacional en 5 cargos, sin obtener la cualificación mínima requerida.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderado de la parte actora, presentó recurso de apelación en el que solicitó la revocatoria de la sentencia, por cuanto la fijación del litigio giro en torno a la aplicación de los artículos 57 y 58 de la CCT, puntualizando que además en el inciso segundo del artículo 57, se indicó en forma clara y taxativa que respecto de los trabajadores oficiales que estuvieran vinculados sus contratos serían a término indefinido mientras subsistieran las causas que le dieron origen, resaltando que de dicho inciso el querer de los contratantes fue entregar estabilidad laboral para quienes estuvieran laborando al 24 de noviembre de 2015, por lo que no se podía dar otra interpretación, siendo que para ese momento la actora llevaba mas de 6 años laborando en forma continua e ininterrumpida, de manera que su contrato debía ser a término indefinido.

Adicionalmente, indicó que en razón de lo anterior fue que el artículo 58 de la CCT estableció los eventos en los que se podía contratar mediante un contrato a término fijo, circunstancia en ninguna de las cuales se encontraba inmersa la actora, resaltando además la prohibición contemplada el inciso segundo del párrafo de la mencionada norma, con lo cual en este caso se violaban las 2 cláusulas convencionales, así como también, se desconoció la fijación del litigio, el principio de favorabilidad, que el régimen de transición desapareció el 30 de noviembre de 2020, por lo que resultaba improcedente su aplicación y que las decisiones del Tribunal

no constituían jurisprudencia, siendo que además no se indicaron las mismas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente establecer que el contrato que vincula a las partes es a término indefinido.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes se suscribió contrato de trabajo a término fijo, el 19 de febrero de 2013, con un periodo inicialmente pactado hasta el 18 de agosto de 2013, el cual se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015; ii) que con posterioridad, el 2 de diciembre de 2015, se suscribió nuevo contrato de trabajo a término fijo, contrato que seguía vigente para la fecha de presentación de la demanda (24 de septiembre de 2019) y iii) que la demandante ostentaba la calidad de trabajadora oficial y era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre LA EAAB ESP y SINTRAEMSDES 2015-2019, tal y como se desprende de las documentales allegada y ser algunos hechos aceptados en la contestación de la demanda.

Precisado lo anterior, se acudirá a la CCT, a efectos de determinar lo que las normas convencionales disponen, resultando relevantes para el presente asunto, los siguientes artículos:

“(...)

CAPITULO V
ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFON Y
CURVASALARIAL

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MÍNIMA DE LA EAB - ESP.

ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EAB-ESP: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE 3.539 cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.

Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE (69) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB-ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; implementación que no podrá exceder el termino de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva. Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal oficial definida en la presente convención colectiva.

Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los cinco (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición, por

una única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EAB-ESP, mediante contratos a Término Indefinido, Término Fijo, Labor Contratada y OPS en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1: Una vez surtido el proceso de vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, las vacantes que resulten en adelante serán llenadas de conformidad con el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente.

Parágrafo 2: La EAB-ESP exceptuará del proceso anterior las vacantes que resulten de la planta oficial actual de la Empresa, y en consecuencia continuará dando estricto cumplimiento al artículo 39 de CCTV (ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL).

(...)"

ARTÍCULO 39. ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL.

ARTÍCULO 39. ESTRUCTURA Y PLANTA DE PERSONAL: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, para fortalecer el Modelo de Gestión Público y la preservación del ciclo hidrológico del agua y la protección del medio ambiente, a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo y en un término máximo de diez (10) meses, se compromete a estudiar, discutir y definir en el seno del CODHE, la estructura empresarial, los procesos y procedimientos, garantizando su integralidad y la planta de personal requerida,

como producto de los acuerdos establecidos en el presente proceso de negociación incluido el fortalecimiento del área de Hidrología y la creación de la Defensoría del Usuario. Los requerimientos de personal se establecerán en un término máximo de cuatro (4) meses, una vez se analice y se establezca dicha necesidad y se cumpla el trámite legal, se procederá a la provisión correspondiente con trabajadores con contrato a término indefinido.

(...)

Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años; tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma

continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo.

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos con respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos convencionales que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego del cual seguirá vinculado con las condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente. **(Acta de Acuerdo No 7 de 2015)**

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS CON CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA.

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio. (*Acta de Acuerdo No 7 de 2015*).

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA.

La Empresa de Acueducto,

Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo.

Los trabajadores vinculados a la EAB-ESP mediante contratos a labor contratada que vencen el 30 de noviembre de 2015, se prorrogarán por seis (6) meses a partir de diciembre 1 de 2015 y hasta el 30 de mayo de 2016 en los términos de la presente convención colectiva de trabajo. (*Acta de Acuerdo No 7 de 2015*)

(...)

CAPITULO VII GARANTÍAS LABORALES

ARTICULO 57. CLASE DE CONTRATO.

ARTÍCULO 57. CLASE DE CONTRATO: Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La Empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de mérito con los criterios del escalafón.

Respecto a los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.

Parágrafo 1: Los encargos deben efectuarse por el tiempo que dure la vacante del empleo, pasado el cual el encargado reasumirá sus funciones si no las desempeñaba simultáneamente. Cuando se trate de vacantes definitivas el encargo no podrá exceder de sesenta (60) días: cumplido este término, debe proveerse la vacante en forma definitiva. En todo caso el encargo no podrá ser superior a tres (3) meses. Se exceptúan de este artículo los permisos sindicales y los demás casos previstos en la ley.

El tiempo de los encargos y su remuneración se reconocerán de acuerdo con lo establecido en la presente Convención Colectiva, Escalafón y el Reglamento Interno de Trabajo.

Parágrafo 2: La Empresa procurará la vinculación del personal transitorio al servicio de la misma en Chingaza, una vez haya terminado el proyecto y de acuerdo con la disponibilidad de cargos existentes en la planta de personal de La Empresa. (*Artículo 78 – Convención 2012-2014*) (*Acordado CCT 2004-2007 art. 39 y CCT 2008-2011 art. 63*)

ARTICULO 58. CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO A TÉRMINO FIJO.

ARTICULO 58. CONTRATO OCASIONAL O TRANSITORIO Y A TÉRMINO FIJO: La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido, cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.

De manera excepcional la Empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de las cuales se realizan.

Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá ser en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar.

Parágrafo: Lo anterior sin perjuicio de otorgar los encargos al personal de planta de acuerdo con las necesidades del servicio, caso en el cual la vinculación que aquí se autoriza procederá respecto de la vacancia que el encargo implica.

En ningún caso podrá vincularse trabajadores mediante contrato laboral a término fijo que no obedezca a las anteriores justificaciones ni por términos mayores a los especificados para cada evento. (**Artículo 79 – Convención 2012-2014**) (**Acordado CCT 2004-2007 art. 44 y CCT 2008-2011 art. 64**)

Conforme a las normas convencionales citadas, se tiene que la EAAB ESP, debía vincular a todos sus trabajadores mediante contrato a término indefinido, especialmente aquellos que venían vinculados bajo otro tipo de contrato a la suscripción de la Convención Colectiva, salvo que se tratara de las excepciones previstas en el artículo 58, esto es, cuando se tratara de: 1) una obra o labor determinada; 2) de la ejecución de un trabajo accidental o transitorio; 3) en los eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia y 4) en vacaciones definitivas, las cuales en todo caso no podrían ser superiores a 5 meses.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en este mismo clausulado convencional, se destaca en el artículo 51, que los contratos a término fijo celebrados por la EAAB E.S.P. en la planta transitoria, vencían el 30 de noviembre de 2015, al respecto debe tenerse en cuenta que verificado el primer contrato suscrito por la demandante con la EAAB E.S.P. (19 de febrero de 2013), se advirtió que en la parte considerativa del mismo se indicó:

“Que en cumplimiento de lo establecido en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014, se vienen adelantando

estudios correspondientes para definir el Modelo Público de Gestión Comercial, Operativa y Social de los Servicios de Acueducto y Alcantarillado, el cual estará definido en el año 2013, por lo que es necesario celebrar contratos de trabajo a término fijo, por un periodo de seis (6) meses, según el modelo público que se defina, todo conforme el Acta suscrita entre SINTRAEMDES SUBDIRECTIA BOGOTA y la EAAB-ESP de diciembre de 2012, que da alcance a la Convención Colectiva de Trabajo 2012-2014 y que forma parte integral de este contrato.(...)"

Adicionalmente, se advierte que en los memorandos de prórroga del referido contrato, se hace alusión a las decisiones de la Junta Directiva de ampliar la planta provisional de cargos de trabajadores oficiales, creada por el acuerdo 23 de 2012, y con base en ello proceden a prorrogar el contrato a término fijo hasta el 30 de noviembre de 2015 (fls. 21-26), con lo que no queda duda que la situación de la demandante se enmarca en lo señalado en el artículo 51 “planta transitoria”.

Igualmente, no debe perderse de vista que la preceptiva mencionada, también facultó a la demandada para realizar una nueva vinculación, a partir del 1° de diciembre de 2015, en la planta oficial definitiva de la EAAB, mediante contrato a término fijo, inicialmente por 13 meses, prorrogables durante la vigencia del régimen de transición, es decir, hasta el 30 de noviembre de 2020, como quiera que para dicha data, este régimen ya resulta aplicable conforme lo establecía expresamente la CCT, siendo que el segundo contrato suscrito entre las partes (2 de diciembre de 2015), se pactó para desempeñar el mismo cargo que en el contrato inicial (Tecnólogo Administrativo nivel 30 – Gerencia Corporativa servicio al Cliente), por lo que esta nueva vinculación, en todo caso estaba autorizada por la Convención Colectiva de Trabajo, pues de sus estipulaciones se desprende que se

permitió transitoriamente la vinculación de estos trabajadores por contrato a término fijo.

De otra parte, debe tenerse presente que si bien el Acuerdo 024 del 20 de noviembre de 2015 “*Por medio del cual se modifica el Acuerdo de Junta Directiva No. 12 del 15 de junio de 2007*” (fl. 181-188), dispuso la creación de una planta de personal para diversos cargos de trabajadores oficiales con contrato de trabajo a término indefinido (1343 cargos), que buscaban garantizar la prestación de las actividades operación comercial, operativa de acueducto y gestión social, en forma permanente y continua que eran ejecutados a través de contratos especiales de gestión operativa y comercial (1193 cargos); para cumplir funciones propias del proceso de facturación, urbanismo y construcción, en las actividades específicas de redensificación (81 cargos); para continuar en forma directa y permanente en las actividades comerciales y financieras del servicio público de aseo que se encontraban tercerizadas (69 cargos), se advierte que la demandante no se encuadra en ninguna de las antes mencionadas y en gracia de discusión, atendiendo a lo señalado en la propia CCT, se tiene que durante la vigencia del Régimen de transición, se podía realizar la vinculación por medio de contrato a término fijo, con la finalidad que se pudiera adelantar el concurso de méritos pertinente para proveer de manera definitiva.

En ese orden de ideas y como se observa, para resolver este asunto resultaba necesario efectuar una interpretación armónica y conjunta de las normas convencionales, a efectos de entender cómo se estructuraba la planta de personal de la

EAAB ESP, (planta definitiva – planta provisional y/o transitoria), las formas de vinculación permitidas (contrato a término indefinido, contrato a término fijo y otros) y los mecanismos establecidos para alcanzar la garantía de estabilidad laboral que se reclama, esto es, vinculación mediante contrato a término indefinido (régimen de transición - concurso de méritos), debiéndose precisar en este punto que por el hecho que en la fijación del litigio se hubiese circunscrito a la aplicación de los artículos 57 y 58 de la CCT, ello es así, por cuanto de allí era que derivaba la actora el derecho que reclamaba, sin que ello pudiera establecer una cortapisa que impidiera la interpretación armónica de las normas, pues esta es una práctica judicial habitual dentro del proceso interpretativo de las normas.

De igual forma, resultaba necesario tener en cuenta lo dispuesto en el régimen de transición (Art. 49 CCT), por cuanto contempló un concurso de méritos para la vinculación de personal mediante contrato a término indefinido, el cual se aplicaría para las personas que ingresaran con posterioridad a la firma de la CCT, evento que contrario a lo sostenido por la recurrente, si resultaba aplicable en este caso, en la medida en que este nuevo contrato estaba autorizado por el propio acuerdo convencional, conforme se desprende de lo señalado en el artículo 51 de la CCT.

En ese orden de ideas y toda vez que a partir de lo expuesto en las normas convencionales referidas, resultaba factible determinar la viabilidad de la contratación que se efectuó con la demandante, pues no existía conflicto o duda alguna

suscitada sobre las normas que rigen el particular, se tiene que en este caso no resultaba necesario la aplicación del principio de favorabilidad aducido por la recurrente.

Así las cosas, atendiendo las consideraciones antes mencionadas se procederá a confirmar la decisión del a quo, conforme a las razones expuestas.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de mayo de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EVA JULIA TORRES LOPEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 014 2018 00322 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de abril de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de la pasiva, en los que solicitó confirmar la decisión teniendo

en cuenta que la actora disfrutaba de una pensión de vejez, la cual fue reconocida bajo las disposiciones normativas contempladas en la ley 71 de 1985, adicional a ello, debía tenerse presente que se encontraban vigentes las sentencias C-258 de 2013 y SU 230 de 2015, en las cuales se realizó un exhaustivo análisis para determinar el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición, y se concluyó que debía tomarse como fundamento legal lo contemplado en los artículos 21 y el inciso 3 del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en los que se restringieron las reglas de aplicaciones del IBL con la finalidad de evitar la vulneración de los principios constitucionales, previstos en el artículo 48 de la Constitución Política.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que trabajó para la Gobernación de Cundinamarca, desde el día 1° de junio de 1978 hasta el 7 de junio de 1996, que cotizó 4 años y 2 meses como trabajadora independiente, que es beneficiaria del régimen de transición, en consecuencia, se condenara a Colpensiones a reliquidar y pagar la pensión de vejez sobre la base de 2 SMMLV, desde el 1° de noviembre de 2014, causando el pago de las diferencias generadas en las mesadas pensionales desde dicha fecha, al pago de intereses moratorios, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que durante el tiempo que laboró en la gobernación de Cundinamarca

devengó en promedio 2 SMLMV; que también cotizó a Colpensiones como independiente; que la demandada al momento de liquidar la pensión de vejez no tuvo en cuenta todo el tiempo cotizado; que fue pensionada mediante Resolución No. GNR 21759 del 31 de enero de 2015, a partir del 1° de noviembre de 2014, en cuantía inicial de \$701.386; que el monto o el valor a reliquidar era por la suma de \$1.037.520 por lo que se le adeudaba una diferencia de mesada pensional de \$336.134 mensuales; que la demandada al momento de liquidar y pagar la pensión de vejez no tuvo en cuenta el salario real devengado durante todo el tiempo laborado y cotizado, que en promedio era de 2 SMMLV y que el 6 de diciembre de 2016, solicitó la reliquidación de su mesada pensional ante lo cual Colpensiones había guardado silencio.

Cómo fundamento normativo citó el preámbulo de la Constitución Política de Colombia y sus artículos 1, 2, 13, 29, 48, 53, 93, 94 y 229, el acto legislativo 01 de 2005, los artículos 36 y 141 de la Ley 100 de 1993, el acuerdo 049 de 1990, el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y el artículo 1° del Decreto 1160 de 1989.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que se oponía a que se declarara que la demandante cotizó desde el 1° de septiembre de 2010 al 31 de octubre de 2014, sobre la base de 2 SMLMV, pues verificada su historia laboral se evidenció

que se cotizó por debajo de lo mencionado, también indicó que no era posible aplicar el IBL reclamado pues si bien la demandante se había pensionado bajo las previsiones de la Ley 71 de 1985, los lineamientos jurisprudenciales sentados en las sentencias C -258 de 2013 y SU- 230 de 2015, establecían que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición era el consagrado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, además que tener en cuenta el ultimo año devengado como IBL sería desigual respecto de los demás cotizantes y dejaría en una preocupante situación a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. Finalmente precisó ante los intereses moratorios que los mismos no procedían frente a reajustes, diferencias o reliquidaciones. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, principio de constitucional buena fe, prescripción e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de abril 2021, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante EVA JULIA TORRES LÓPEZ.

SEGUNDO: RELEVARSE del análisis puntual de los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo, dado el carácter absolutorio del litigio.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante por haber sido vencida en juicio. En oportunidad se tasarán.

CUARTO: En el evento de no ser apelada esta decisión se ORDENA surtir el grado jurisdiccional de consulta ante el superior.

Como fundamento de su decisión argumentó que por tratarse de una pensión de jubilación por aportes reconocida por efectos del régimen de transición en principio el IBL debía calcularse en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin embargo como a la demandante le hacían falta mas de 10 años para cumplir los requisitos para la pensión, al momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, el IBL se debía calcular con base en el promedio de los salarios o rentas sobre los que cotizó en los 10 años anteriores al reconocimiento actualizados anualmente con el IPC certificado por el DANE, como quiera que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo se refirió al IBL de las personas que les faltare menos de 10 años, de tal suerte que a falta de regla expresa respecto de las personas que les faltare más de 10 años, se debía calcular el IBL acudiendo a los parámetros generales, esto es, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, mencionó que como la inconformidad se contraía a que no se tuvo en cuenta el salario real devengado (2 SMLMV), procedió con tal análisis refiriendo que ello no se compadecía con la realidad, pues verificados los certificados de salarios mes a mes expedidos por al departamento de Cundinamarca se advertía que la asignación básica mensual recibida era inferior al monto mencionado. De igual forma, se indicó que si bien la actora recibía algunas sumas por concepto de primas de alimentación y subsidio de transporte que aumentaron el ingreso mensual conforme lo certificó el Departamento de Cundinamarca ante oficio librado por el despacho, estos no confluían como factores para calcular el

IBL de acuerdo con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994, por lo que no existían factores distintos que debieran haberse tenido en cuenta para establecer el IBL.

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 en el presente asunto resultaba viable la reliquidación de la pensión solicitada y las demás solicitudes derivadas de ello.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en que Colpensiones mediante Resolución No. GNR 21759 del 31 de enero de 2015, le reconoció pensión de vejez a la señora Eva Julia Torres López, a partir del 1° de noviembre de 2014, en cuantía inicial de \$701.386, en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, en aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta 1038 semanas cotizadas y aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 75%.

En cuanto al IBL de la prestación reconocida, se advierte que el mismo fue establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aspecto que se convalidó por el a quo y que se confirma en esta instancia, por cuanto tanto la jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, como la expedida por la Corte Constitucional en sentencia SU-023 de 2018, tienen un criterio pacífico en cuanto a que el

régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios lo relativo a la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y la tasa de reemplazo contempladas en la regulación anterior, de manera que los aspectos relativos al cálculo del IBL debían regirse por las normas que se encontraran vigentes, esto es, de acuerdo con lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Precisado lo anterior y teniendo en cuenta que la inconformidad que se planteó en la demandada fue la relacionada con que la demandante recibía en promedio 2 SMMLV y que esta asignación no fue tenida en cuenta para liquidar la prestación, debe precisarse que sobre el particular el a quo indicó que verificados los certificados de salarios mes a mes obrantes en el proceso y la respuesta expedida por el Departamento de Cundinamarca, no se pudo determinar que la asignación devengada fuera la reclamada.

Efectuado el análisis en esta instancia, se tiene que en efecto los certificados de salarios mes a mes expedidos por el Departamento de Cundinamarca (fls. 10 – 16), no dan cuenta que la actora devengara la suma aludida sino asignaciones inferiores, debiéndose destacar que si bien en la casilla 30 de tales certificados se contemplaban *“Otros factores salariales pagados en el mes certificado”* que podrían acrecentar el valor de la asignación mensual, no puede pasarse por alto que en respuesta al oficio que libro el juzgado para que se aclarara este punto, la secretaria de la Función Pública de la Gobernación de Cundinamarca, en comunicación radicada el 24 de enero de 2020, señaló *“(...) le informamos que los valores*

discriminados en la casilla del formato 3 B con el 30, corresponden a Prima de Alimentación y Subsidio de Transporte” y acto seguido también se refirió “Anotando que los meses de junio y diciembre aparecen con mayor valor, estar (SIC) incluidas las primas de servicio anual y prima de navidad del respectivo año.”

Así las cosas y a efectos de determinar si tales conceptos constituían o no factor a considerar para cotizar a pensión, debía acudirse a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994 “*Por el cual se modifica el artículo 6° del Decreto 691 de 1994*”, el cual en su artículo 1° contempló la base de cotización al sistema general de pensiones de los servidores públicos que fueran incluidos en este, en los siguientes términos:

“ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;”*

Como se observa, ninguno de los conceptos pagados a la demandante en la casilla 30 constituyen factor salarial, así como tampoco lo son la prima de servicio anual y prima de navidad, razón por la que no existía fundamento

para considerar que no se había tenido en cuenta el salario realmente devengado por la actora.

Adicionalmente, se observa que en todo caso el a quo en apoyo del grupo de liquidadores de la rama judicial procedió a efectuar las operaciones aritméticas, encontrando la pensión liquidada por Colpensiones ajustada a derecho, pues incluso la primera mesada pensional calculada resulto inferior a la reconocida en la Resolución GNR 21759 del 31 de enero de 2015.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, por lo que se procederá a confirmar la decisión.

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,

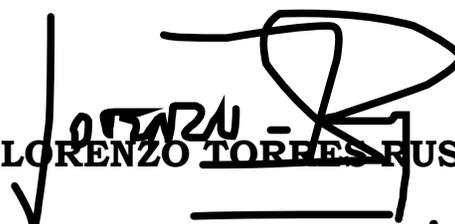
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por **UBALDINA DE JESUS FORERO TORES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 009 2019 00602 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de mayo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora, quien refirió que las manifestaciones efectuadas en el recurso de apelación contenían alegaciones de lo que la accionada consideraba debió haber sido el fallo de instancia, centrándose de forma equivocada en que la convivencia debía ser contada dentro de los últimos 5 años de vida del causante, apreciación errónea que no se acompasaba con lo expuesto por la jurisprudencia de la C.S.J., siendo este un criterio pacífico, solicitando por tanto que se confirmara la decisión.

I. ANTECEDENTES

La demandante Ubalдина de Jesús Forero Torres, solicitó que se declarara que era beneficiaria de la prestación de sobrevivencia del señor José del Carmen Peralta Barrera, en consecuencia, se condenara la demandada a incluirla en nómina de pensionados, al pago del retroactivo a que hubiere lugar desde la fecha de la muerte del señor Peralta Barrera, al pago de intereses moratorios de cada una de las mesadas causadas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que contrajo matrimonio con el causante el 26 de junio de 1976, en la parroquia San Pedro Nolasco; que tal unión duró hasta la fecha de la muerte del causante, la cual ocurrió el 19 de junio de 2010; que siempre dependió económicamente del causante; que solicitó la prestación ante la demandada en el mes de noviembre de 2014 y que Colpensiones mediante

Resolución GNR 116359 del 24 de abril de 2015, negó la prestación, frente a la cual se interpusieron los recursos de reposición y apelación sin que se hubieran resuelto.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 47 y ss. de la ley 100 de 1993 y el CPTSS.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó la demanda cómo se observa a folios 35-42 del expediente, en dónde manifestó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto la demandante no era beneficiaria de la prestación reclamada, toda vez que no se acreditaba el cabal cumplimiento de los requisitos legales para la obtención de la misma, siendo que no se cumplía con el requisito de convivencia con el causante como lo establecía la ley y la jurisprudencia.

Adicionalmente, frente a los intereses moratorios refirió que los mismos en todo caso no resultaban procedentes conforme a lo indicado en sentencia SL3201-2019, pues estos no eran procedentes cuando se actuó con el convencimiento que no se cumplían los requisitos exigidos por la norma vigente para acceder al derecho reclamado. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios, buena fe, prescripción, innominada o genérica y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a UBALDINA DE JESUS FORERO TORRES pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge José del Carmen Peralta Barrera, a partir del 19 de junio de 2010, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a UBALDINA DE JESUS FORERO TORRES la suma de \$52.919.126 por concepto de mesadas pensionales retroactivas desde el 1° de agosto de 2016 hasta el 30 de abril de 2021 y se autoriza a Colpensiones para deducir del retroactivo pensional los aportes al Sistema de seguridad Social en Salud, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales retroactivas causadas con anterioridad al 28 de agosto de 2016, de acuerdo con lo considerado.

CUARTO: COSTAS. Las costas serán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$2.200.000 de acuerdo con lo dispuesto por el Acuerdo PSAA16-10554 del C.S de la j.

QUINTO: Remítase la presente decisión ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS.

Como fundamento de su decisión argumentó que atendiendo lo establecido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, así como, lo establecido en las sentencias SL-4476-2021, SL-1399-2018 (reiterada en SL 1362 -2021), expedidas por la C.S.J., se tenía que tratándose de cónyuge el tiempo de convivencia de 5 años podría darse en cualquier momento y que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no ponía fin al vínculo matrimonial, atendiendo tales lineamientos y dado que aunque de las testimoniales recaudadas y las documentales allegadas al proceso (expediente administrativo “investigación administrativa”)

existía controversia respecto de la convivencia de la actora con el causante hasta la fecha de fallecimiento, en todo caso, estaba probada la convivencia superior a 5 años.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones refirió que debía tenerse en cuenta todo el acervo probatorio contentivo en el expediente administrativo allegado, pues según los testimonios e interrogatorios de parte, se estableció que no se cumplía con el requisito del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 Ley 797 de 2003, según el cual se debía probar que la convivencia de 5 años continuos antes del deceso del causante, resaltando que aunque se advertía un tiempo de convivencia marital, no se logró probar que este fuera dentro de los 5 años anteriores a la muerte y que la jurisprudencia de la C.S.J, establecía que para que el cónyuge pudiera acceder a la pensión no era suficiente con la demostración del requisito sino con la convivencia efectiva de la pareja para estar amparados dentro del concepto de familia.

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 resultaba procedente efectuar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Ubalдина de Jesús Forero Torres, en calidad de cónyuge supérstite del señor José del Carmen Peralta Barrera.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que la demandante y el señor José del Carmen Peralta Barrera, contrajeron matrimonio católico el 26 de junio de 1976; ii) que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal fue inscrita el 15 de abril de 1999; iii) que el señor José del Carmen Peralta Barrera, falleció el 19 de junio de 2010; iv) que Colpensiones mediante Resolución No. GNR 116359 del 24 de abril de 2015, negó el reconocimiento pensional, por cuanto en la investigación administrativa adelantada el 5 de marzo de 2015, ticket 8778 se determinó que no hubo convivencia entre los cónyuges en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento del causante y v) que mediante Resolución No. GNR 282651 del 16 de septiembre de 2015, Colpensiones procedió a efectuar nuevo estudio pensional, en tanto los recursos contra la resolución GNR 116359 no se presentaron en tiempo, reiterando lo expuesto en la resolución precedente.

Bajo los supuestos fácticos del asunto, 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 José del Carmen Peralta Barrera, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (19 de junio de 2010).

Así, se tiene que el **numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), consagra que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes 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

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.¹ 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;

(...)”

¹ 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.

De la anterior normativa, se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un afiliado, se tendrá derecho a la pensión si el causante ha cotizado al menos 50 semanas en los 3 años anteriores a la muerte, advirtiéndose que el causante en efecto dejó causado el derecho, pues entre el 20 de junio de 2007 y el 19 de junio 2010, acreditó más de 137 semanas cotizadas.

Teniendo claro que se dejó causado el derecho, se tiene que la pensión será vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tenga mas de 30 años al momento del fallecimiento, aspecto que cumple la actora, pues contaba con 59 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 30 de mayo de 1951 y el causante falleció el 19 de junio de 2010.

Adicionalmente, se tiene que tratándose del cónyuge supérstite se debe acreditar un tiempo mínimo de convivencia de 5 años continuos en cualquier tiempo, pero tratándose de una compañera o compañero permanente, se debe acreditar un tiempo mínimo de convivencia de 5 años inmediatamente anteriores al deceso, de igual manera, se tiene que en los eventos en que respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión o en caso de convivencia simultánea, se tiene que la parte, proporción o porcentaje que corresponde a cada uno, se determina con base al tiempo de convivencia que cada uno acredite.

Precisado lo anterior, y toda vez que en este asunto la única reclamante es quien acredita la calidad de cónyuge señora Ubalдина de Jesús Forero Torres, se tiene que en su caso debía acreditar un tiempo mínimo de convivencia de 5 años continuos en cualquier tiempo, tal y como se ha indicado por la C.S.J., S.C.L. entre otras en la sentencia No. SL1399-2018 del 25 de abril de 2018, en donde se indicó: *“(..). 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.”*, por lo que el argumento aducido por la recurrente carece de sustento.

Ahora bien, frente a esta última expresión “que el vínculo se mantenga intacto”, resulta indispensable tener en cuenta que nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia SL3251-2021 del 7 de julio de 2021, puntualizó lo siguiente:

“(..)

En este punto, se hace necesario advertir que si bien la sociedad conyugal constituye el régimen patrimonial del matrimonio y nace de él, su disolución y liquidación no pone fin al vínculo matrimonial, como equivocadamente lo entiende la recurrente, pues aquel continúa vigente hasta tanto se declare su nulidad o se presente una de las causas de disolución previstas en el art. 152 del CC, norma que establece que el matrimonio civil se disuelve por la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o por divorcio judicialmente decretado, mientras que el religioso por el decreto de la cesación de sus efectos civiles y, además, por los cánones y normas correspondientes al ordenamiento religioso. En este asunto, la única de esas causales que se evidencia probatoriamente, es la muerte de uno de los cónyuges.

(..)”

De conformidad con el precedente citado, se tiene entonces que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal que se efectuó en este caso no ponía fin al vínculo matrimonial entre la actora y el causante, por lo que el mismo se encontraba

vigente a la fecha del fallecimiento del causante, pues no existe anotación o registro sobre la cesación de efectos civiles del matrimonio contraído por la demandante con el causante, por lo que la tesis del a quo resultaba acertada.

Ahora bien, en cuanto a la convivencia, se tiene que en este asunto se recepcionaron los testimonios de los señores Frey Alexander Peralta Forero (Hijo de la actora y el causante) y Evonne Angelica Pérez Olarte (Nuera de la demandante y pareja del señor Alexander Peralta), quienes dieron cuenta que la actora convivió con el causante hasta la fecha de fallecimiento del señor Peralta Barrera, advirtiéndose inconsistencias entre lo señalado por estos testigos y lo indicado por los señores Francы Piñeros (propietaria de la casa donde funcionaba la empresa de seguridad del causante) y Gonzalo Peralta (hermano del causante) en la investigación administrativa adelantada por Colpensiones No. 8778 / 2015², en la que éstos indicaron que el causante tomó su casa en arriendo para el funcionamiento de una empresa de seguridad y que este le comentó que vivía en una casa con sus hermanos (Francы Piñeros) y que su hermano vivió en su casa junto a él y a su hermana helena durante 18 años hasta el día de la muerte (Gonzalo Peralta), ante lo que el hijo Frey Alexander Peralta señaló que tales inconsistencias obedecieron a que a la señora Piñeros, se le quedaron debiendo arriendos en razón a diversas situaciones acaecidas con posterioridad a la muerte de su padre, entre ellas, a que el señor Gonzalo Peralta, hermano de su padre, procedió a efectuar malos comentarios y mala publicidad de la empresa,

² Oabrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones.

que generó la cancelación de diversos servicios, refiriendo además que con este señor la relación nunca fue la mejor porque no querían a su madre.

De igual forma, debe indicarse que aunque no fue clara la convivencia entre la pareja matrimonial en los últimos años de vida del señor José del Carmen Peralta Barrera, lo cierto es que en la aludida investigación administrativa se indicó por el hermano del causante señor Gonzalo Peralta, lo siguiente *“Respecto a la señora Ubalдина Forero, quiero aclarar que ella fue la esposa de mi hermano, de quien llevaba más de veinte (20) años de separado, el después de esta separación vivió todo el tiempo con nosotros hasta el día de su muerte, de esta unión existe un hijo Alexander Peralta”*, resultando evidente entonces una convivencia superior a los 5 años exigidos por la norma, pues los 20 años anteriores a la muerte, se cumplirían en el año de 1990, fecha para la cual llevaban aproximadamente 14 años de convivencia, atendiendo la fecha en que se contrajeron nupcias (26 de junio de 1976), siendo esto suficiente para acreditar la convivencia mínima requerida.

Así las cosas, atendiendo los precedentes enunciados y la situación fáctica de la actora, se tiene que la señora Ubalдина de Jesús Forero Torres, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes tal y como se determinó por el a quo, esto es, sobre un 1 SMMLV a partir del 28 de agosto de 2016, atendiendo el volumen de cotizaciones (775, 86) y el salario sobre el que se cotizó (SMMLV o inferior a este), en 14 mesadas anuales, en tanto que la misma, se causó con anterioridad al

31 de julio de 2011, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo transitorio No. 6° del Acto Legislativo 01 de 2005.

De conformidad con lo antes anotado y al confrontar esta Sala, la decisión adoptada por la Juez de primer grado con lo que reflejan los medios probatorios, se observa que la misma, se ajusta en un todo a la realidad procesal, por lo que se procederá a confirmar la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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 18 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada, se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR PAULO EMILIO OVIEDO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. VINCULADAS ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

RADICADO: 11001 3105 023 2017 00194 02

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el demandante en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Ingrid Camila Goenaga Zamora, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.233.691.948 y tarjeta profesional No. 365.888 del Consejo

Superior de la Judicatura como apoderada del demandante en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de abril de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado del demandante, quien refirió que la sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, apartándose, ostensiblemente, de la jurisprudencia constitucional y de la del máximo organismo de cierre en materia de jurisdicción laboral, e incluso de la jurisprudencia horizontal, como por ejemplo la expedida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito, dentro del proceso 11001310503520200023700, destacando además que en este caso el demandante no se encontraba pensionado, pues PORVENIR S.A., en su afán de perpetuar el engaño, procedió a reconocerle una pensión de vejez, en cuantía de un salario mínimo, y depositarla en una entidad financiera de la ciudad, una vez se enteró que la demanda del proceso de la referencia, se encontraba en curso, solicitando tener en cuenta las pruebas obrantes en el expediente y si era necesario se librara oficio a Porvenir S.A., a efectos de determinar si había recibido o venía recibiendo la pensión de vejez aducida por la demandada.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió que se declarara que había existido vicio del consentimiento por error grave al aceptarse su traspaso del ISS y en la firma del formulario de afiliación a Porvenir S.A., por cuanto ésta administradora no cumplió con el deber legal de suministrar información veraz y oportuna respecto a riesgos y consecuencias antes del traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, se declarara que la afiliación realizada a Porvenir S.A., era nula y por tanto continuaba afiliado a Colpensiones en el RPM, se ordenara a Porvenir S.A., al traslado de los aportes a Colpensiones, incluyendo rendimientos y se condenara al demandado a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones manifestó que inició su vida laboral como docente del servicio de la Secretaria de Educación y Cultura Departamental de Putumayo del 1° de septiembre de 1971 y prestó servicios hasta el 30 de agosto de 1977, habiendo cotizado a Cajanal durante ese tiempo; que con posterioridad desde el 21 de agosto de 1983 hasta el 31 de julio de 2000, cotizó al ISS; que a partir del 1° de agosto de 2000 cotizó a Porvenir S.A.; que al 31 de octubre de 2013, contaba con 1508 semanas cotizadas; que al 1° de abril de 1994, contaba con 546 semanas de cotización y 795 semanas al 31 de julio de 2000, por lo que había cotizado mas de 15 años para los riesgos de pensión en el RPM; que cumplidos los requisitos para el derecho pensional, elevó solicitud a Porvenir S.A., quien en comunicación del 1° de abril de 2016, le informó que la mesada

pensional para el año 2016, ascendía a \$1.064.571, pero que al descontar salud, quedaba en \$932.000, advirtiendo allí la burla de la que fue objeto por la demandada, razón por la que solicitó su regreso al ISS, el 20 de abril de 2016.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 29, 46, 53, 83, 121, 123, 209, 230 y 241 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 1515 del Código Civil, los artículos 4, 11, 12 y 15 del Decreto 720 de 1994, el artículo 2.6.10.2.1. del Decreto 2555 de 2010, así como trajo a colación sentencia de la C.S.J., S.C.L., del 9 de septiembre de 2008.

Mediante auto del 16 de mayo de 2017, notificado el día 17 del mismo mes y año, se ordenó de oficio la integración del contradictorio con Colpensiones, en calidad de litisconsorcio necesario de la demandada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó la demanda como se observa a folios 172-193, en donde indicó que en el evento en que se considerara la posibilidad de acceder a la nulidad del traslado, para establecer que el demandante era beneficiario del régimen de transición, se debía insistir en que ello no era procedente conforme a lo indicado en la sentencia C-789 de 2002 y que el demandante no cotizó durante 15 años de servicio, adicionalmente mencionó que el demandante estuvo cotizando al RPM hasta el año 2000 y que tal y como se expuso, el actor se afilió voluntariamente a Porvenir donde se encontraba vinculado, por lo que no se evidenciaban razones fácticas y

jurídicas que determinen que debe declararse la nulidad de dicha afiliación. Propuso las excepciones de mérito que denominó carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó la demanda, como se observa a folios 218 a 242, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto la vinculación al RAIS fue realizada válidamente de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, adicionalmente indicó que el actor no cotizó la densidad mínima de semanas para ser beneficiario del régimen de transición al 1° de abril de 1994, por lo que al no haber cotizado 750 semanas no cumplía con lo establecido en sentencias SU 062 de 2010, SU 130-2013, C 789-2002 y C 1024 -2004, finalmente refirió que en la actualidad el demandante disfrutaba de la pensión de vejez a partir de marzo de 2016, razón por la que su derecho ya se encontraba consolidado. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación e innominada o genérica.

En audiencia del 10 de junio de 2019, se declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario respecto de Seguros de Vida Alfa S.A. y se ordenó su vinculación al proceso, la cual en su contestación indicó que no se evidenciaba dentro de los documentos del traslado de la

demanda, prueba alguna que corroborara las declaraciones y afirmaciones realizadas en cuanto al vicio del consentimiento, adicionalmente indicó que la afiliación al RAIS del demandante como consecuencia de un acto de traslado de régimen pensional, no era un acto jurídico, ni obligación legal que fuera competencia de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., como quiera que no era una Administradora de Pensiones sino una Compañía de Seguros autorizada para ejercer el ramo de seguros de vida.

Igualmente, precisó que el 30 de marzo de 2017, la AFP Porvenir S.A., con base en la autorización que le otorgó el demandante, contrató con Seguros de Vida Alfa S.A., una renta vitalicia en favor del Sr. Paulo Emilio Oviedo; que el contrato de renta vitalicia No. 0090655, se perfeccionó el 17 de mayo de 2017 y la AFP Porvenir S.A. le giró la suma de \$298,525,363.00 a título de prima única, a cambio de lo cual, se comprometieron a pagar una renta mensual al demandante hasta su fallecimiento y el del último de sus beneficiarios con derecho a pensión de sobrevivientes, debiéndose tener en cuenta que el mismo día del perfeccionamiento del contrato de renta vitalicia, el demandante fue incluido en nómina de pensionados para iniciar los pagos a partir de la mesada del mes de mayo de 2017, por lo que a las voces del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, por la simple condición de tener la calidad de pensionado, era jurídicamente inviable la nulidad del traslado.

Propuso las excepciones de mérito que denominó Falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación de anular el acto jurídico de contratación de la póliza irrevocable de seguro

de renta vitalicia, Buena fe de Seguros de Vida Alfa S.A., Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, Ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada Seguros de Vida Alfa S.A., compensación e innominada o genérica.

III. DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN

Mediante auto del 16 de agosto de 2019, notificado por estado el 17 del mismo mes y año, se corrió traslado de la demanda de reconvención presentada por Porvenir S.A. contra Paulo Emilio Oviedo.

En la demanda de reconvención presentada por Porvenir S.A. (fl. 337-349), esta pretendió que se declarara que Porvenir S.A., reconoció pensión de vejez al demandado desde marzo de 2016, quien venía recibiendo la mesada pensional en forma ininterrumpida desde tal fecha, en consecuencia, se condenara al demandado a restituir los pagos realizado por Porvenir desde marzo de 2016, a la fecha de la ejecutoria de la sentencia que pudiera fin al proceso, a restituir el pago de \$2.129.142 efectuado por concepto de retroactivo pensional, al pago de tales sumas debidamente indexadas y a las costas de la demanda en reconvención. Subsidiariamente solicitó se condenara a pagar los intereses moratorios.

En sustento de las pretensiones, indicó que el señor Oviedo solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 14 de febrero de 2012; que cuando el mencionado señor solicitó la pensión de vejez firmó su historia laboral para la emisión del bono

pensional; que con oficio 0200001129722300 del 1° de abril de 2016, informó al demandante que su pensión había sido aprobada; que el 30 de marzo de 2016, efectuó el primer pago de la mesada pensional al demandante y con oficio del 8 de abril de 2017, se le informó que Seguros de Vida Alfa pagaría su pensión a partir de mayo de 2017, pues su pensión había cambiado a modalidad de renta vitalicia.

El apoderado de la demandante al contestar la demanda de reconvención (fl. 354 - 362), se pronunció frente las pretensiones, señalando que de conformidad con los testimonios solicitados en la demanda se demostraría que fue inducido en error grave por el asesor de Porvenir y al firmar el traslado su consentimiento estaba viciado de nulidad por error grave, siendo el proceder desleal el que lo llevó a los estrados judiciales, también señaló que el actor no había recibido de Porvenir la primera mesada pensional ni ningún dinero. Propuso las excepciones de mérito que denominó: temeridad y mala fe, vicio en el consentimiento del demandado e inexistencia de libre voluntad al hacer el traslado.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de abril de 2021, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., de las pretensiones incoadas por el demandante PAULO EMILIO OVIEDO.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS al demandante PAULO EMILIO OVIEDO.

TERCERO: *En caso de que la presente sentencia no fuera apelada, ORDENAR se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en razón a que la decisión es totalmente adversa a sus pretensiones.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que atendiendo el criterio expuesto en las sentencias expedidas por la C.S.J., S.C.L., de radicación No. 1989 de 2008, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL1452-2019, era un deber de las administradoras brindar información clara, completa y suficiente sobre las características, diferencias, condiciones y consecuencias que acarrearía el traslado, el cual no se cumplió por Porvenir S.A., conforme daba cuenta el caudal probatorio recaudado, por lo que en principio se tendría derecho a la ineficacia del traslado, sin embargo, no podía pasarse por alto que el demandante había sido pensionado por Porvenir S.A., conforme se acreditaba con las documentales allegadas, tales como la comunicación de reconocimiento del 1 de abril de 2016, la comunicación del 8 de abril de 2017 y los certificados de pago de mesadas, hecho que conforme a la jurisprudencia vigente, esto es, la sentencia SL373-2021, resultaba improcedente.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, señalando que si bien entendía y conocía la jurisprudencia que se venía manejando, también entendía que la situación del demandante era totalmente adversa, precisando que el demandante al ser pensionado tenía una posición diferente al momento anterior al que no lo era y por tanto no conocía plenamente algunas

situaciones fácticas, como lo eran el valor de la mesada pensional, aduciendo sobre ello que al actor nunca se le dijo a cuanto ascendería el monto de su pensión, ya que el momento en que lo supo fue cuando se le notificó que se le iba a empezar a pagar la mesada pensional, es decir, cuando alcanzó el estatus de pensionado.

También, indicó que entendía que eran más complicadas las operaciones que se debían revertir cuando se era pensionado que simplemente volver al estado anterior de las cosas, conforme al criterio de las altas cortes, siendo entonces, más fácil grabar al demandante a que tuviera por el resto de sus días una pensión injusta que se tuviera que devolver el dinero por Seguros Alfa, pero que debía tenerse en cuenta que al demandante no le habían sido pagados tales dineros, por lo que si se consideraba necesario hacer una reversión de las operaciones, esto se podía hacer por cuanto el actor no había recibido un solo peso, por lo que solicitó que tales operaciones fueran efectuadas a efectos de no hacer más gravosa la situación del demandante.

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 régimen de prima media administrado por Colpensiones, así como las demás condenas

solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que al demandante señor Paulo Emilio Oviedo, le fue reconocida pensión de vejez por Porvenir S.A., a partir del mes de marzo de 2016, en cuantía inicial de \$1.064.571, según da cuenta la comunicación obrante a folio 37 del plenario, así como que se llevó la contratación de una póliza de renta vitalicia para el pago de la pensión el actor con la compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., según se desprende de lo señalado en la comunicación enviada por Porvenir S.A. al demandante el 8 de abril de 2017, obrante a folio 303 y 304 del expediente, en la que además se informa que Porvenir realizaría los pagos de las mesadas pensionales de los meses de abril y mayo de 2017, y que Seguros de Vida Alfa iniciaría el pago de mesadas a partir del 30 de mayo, con lo que no queda duda del estatus de pensionado del demandante.

Refiere el actor que no ha recibido el pago de ninguna de las mesadas pensionales, sin embargo se advierte de la certificación expedida por Porvenir S.A., obrante a folio 334 y 335 del expediente, que al actor se le efectuó reconocimiento pensional a partir de febrero de 2016 y se hace una relación de los pagos, en donde registra como recibido por el afiliado el retroactivo por valor de \$2.129.142 y los pagos posteriores entre 05/04/2016 y 03/05/2017, cuentan con estado reversado y como causal “vencimiento por tiempo”, situación que en todo caso no desvirtúa la condición de pensionado del actor, existiendo una situación jurídica consolidada, desde el

momento en que se le informó sobre el reconocimiento pensional, el que además fue producto de la petición que el actor elevó ante la demandada, según se desprende de la reclamación obrante en la historia laboral allegada por Porvenir S.A.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que 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 y haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional, no puede pasarse por alto que 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 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 revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

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

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

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

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

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.

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

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 jurisprudencia citada resulta acertado enunciar 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, bajo 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 el demandante Paulo Emilio Oviedo, tiene el estatus de pensionado, se procederá a confirmar la sentencia expedida por el a quo, en cuanto la misma se ajusta al precedente vigente establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
SEGURIDAD DIVISAR LTDA CONTRA CAFESALUD EPS S.A.
EN LIQUIDACIÓN Y MEDIMAS EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2022 00021 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Cafesalud EPS S.A. en Liquidación, contra el fallo proferido el 2 de febrero de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 15 de junio de 2021 (fl. 50) y remitido el expediente a esta Corporación el 2 de diciembre de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La empresa Seguridad Divisar Ltda., pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de las incapacidades generales reconocidas a sus trabajadores por valor de \$164.090.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

En sustento de sus pretensiones manifestó que ha pagado los aportes a seguridad social de sus trabajadores de manera completa y acorde a lo estipulado en la ley, así como que a los siguientes trabajadores se les han expedido las incapacidades que a continuación se relacionan, frente a las que se ha solicitado su pago a Cafesalud EPS y Medimás EPS, sin obtener respuesta.

CAFESALUD				
TRABAJADOR	FECHA INICIAL	DIAS	DÍAS A PAGAR	VALOR
RODRIGUEZ PALACIOS JULIETH	17/08/2016	3	1	\$ 22.982
SUAREZ SANCHEZ ALFONSO	27/09/2016	3	1	\$ 22.982
SUAREZ SANCHEZ ALFONSO	30/09/2016	3	3	\$ 68.946
TOTAL				\$ 114.910
MEDIMAS				
MONTENEGRO YEFERSON	30/09/2017	3	1	\$ 24.590
MONTENEGRO YEFERSON	27/10/2017	3	1	\$ 24.590
TOTAL				\$ 49.180

I. RESPUESTA CAFESALUD EPS S.A.

Cafesalud EPS, manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que reconoció y liquidó las incapacidades de Julieth Rodríguez (12/08/2016), Alfonso

Suarez Sánchez (27/09/2016) y (30/09/2016), pero su pago estaba a cargo de Medimás EPS, en razón a la decisión proferida en auto del 26 de octubre de 2017, dentro del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, con radicado No. 2500023410002016-0131400, que cursaba en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – sección primera – subsección A, también refirió que la parte actora no había allegado ningún documento que acreditara la cancelación de las incapacidades a los trabajadores y que las incapacidades expedidas al señor Yeferson Montenegro habían sido expedidas en vigencia de la prestación del servicio de Medimás. Propuso las excepciones de mérito que denominó: las incapacidades reconocidas por Cafesalud están a cargo de Medimás EPS, no existe prueba del pago realizado por la empresa Seguridad Divisar Ltda. a los empleados relacionados en el numeral anterior, falta de legitimación en la causa por pasiva y genérica.

II. RESPUESTA MEDIMAS EPS S.A.

Medimás EPS S.A., sostuvo que en cumplimiento de su compromiso con los afiliados, verificó la pretensión de la demandante y estableció que el pago de la incapacidad emitida a nombre de Montenegro Yeferson con CC 1.144.191.524, se encontraba liquidada, por valor de \$49.180, con lo que se comprobaba que el objeto de la demanda estaba cumplido.

III. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, condenando a la suma de \$114.907 a cargo de Cafesalud EPS y \$49.180 a cargo de Medimás EPS, refiriendo que si bien en la Resolución 2426 de 2017, que aprobó el plan de reorganización institucional presentado por Cafesalud EPS, para la creación de la nueva EPS “Medimás EPS”, no contemplaba la responsabilidad en materia de prestaciones económicas que asumía ésta, en atención a lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundimarca Sección Primera – A subsección A, por auto del 26 de octubre de 2017, como medio de protección de los derechos e intereses colectivos de los usuarios que pasaron de Cafesalud EPS a Medimás EPS S.A.S, decretó medida cautelar de urgencia, en el que se ordenó a Medimás adoptar las medidas necesarias tendientes a asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas en materia de prestación de los servicios de salud, y pago de incapacidades reconocidas por Cafesalud EPS, sin exigir al usuario la realización de trámites adicionales, en virtud de lo cual se determinó que sería Medimás EPS, quien asumiría la responsabilidad en el pago.

Sin embargo, dicha medida cautelar fue levantada por el Tribunal mediante sentencia del 10 de abril de 2019 y por ende cesaron los efectos de la medida, siendo Cafesalud EPS, la responsable del pago de las incapacidades expedidas con anterioridad al 1° de agosto de 2017, de manera que de las incapacidades recamadas Medimás EPS, era responsable del pago de las incapacidades solicitadas respecto de Yeferson Montenegro, tal y como dicha demandada lo reconoció en la

contestación, en donde además indicó que estaban liquidadas, no obstante, no allegó prueba del pago efectuado.

IV. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Cafesalud EPS en Liquidación, impugnó la decisión, refiriendo que existía una carencia de objeto por hecho superado, en cuanto a que las incapacidades ya se habían pagado por Medimás EPS, señalando que procedió a enviar la relación de dichas incapacidades a Medimás para su pago y el mismo se llevó a cabo el 14 de noviembre de 2018, mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente 180453227 del Banco de Bogotá de la cual es titular la parte demandante, por lo que demostrado el cumplimiento de la obligación se solicitaba el archivo del proceso jurisdiccional.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver, debe tenerse en cuenta que el reparo que sostiene el recurrente gira en torno a haberse cancelado el valor total de las incapacidades establecidas a su cargo y para ello allegó lo que parece ser un listado de transacciones de una cuenta del banco de Bogotá y un cuadro de relación de pagos por transferencia detallada por proveedor.

Al respecto, debe indicarse que: i) lo mencionado cambia el presupuesto factico sobre el cual se profirió la decisión de la Superintendencia y ii) analizados los documentos allegados, se tiene en todo caso se trata de un soporte probatorio deficiente,

pues no tiene la virtualidad de acreditar el pago por las siguientes razones:

En primer lugar, los valores registrados en el cuadro denominado “relación de pagos por transferencia detallada por proveedor”, aunque registran como proveedor a la empresa reclamante y coinciden con un valor parecido al ordenado por la Superintendencia pues tan solo tienen una diferencia de 2 pesos, tal documento no cuenta con el discriminado de los conceptos de los valores allí registrados, ni existe certeza respecto de la información allí diligenciada, ya que se trata de un cuadro que no presenta historial de descarga, así como tampoco posee firma del funcionario encargado de nómina o pagos o ni cuenta con algún aval de la entidad.

En segundo lugar, el listado de las transacciones no permite establecer quien es el titular de la cuenta, ni ofrece mayor información de la misma, solo da cuenta de una transacción hecha por valor de \$114.905 a favor de Seguridad Divisar Ltda.

En este punto, resulta pertinente recordar que la congruencia en materia de las decisiones judiciales, se limita a las pretensiones y hechos planteados en la demanda, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, por lo que se debe obrar en ese marco que edifica la relación jurídica sustancial y procesal en el espacio jurisdiccional, tal y como lo ha señalado la C.S.J, S.C.L. en sentencia SL-440-2021.

Bajo las anteriores premisas se procederá a confirmar la decisión del 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 la Superintendencia Nacional de Salud de fecha 2 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
LUZ ADRIANA BEDOYA CASTAÑO CONTRA COOMEVA EPS
S.A. VINCULADA SALUD OCUPACIONAL HIGIENE Y
SEGURIDAD INDUSTRIAL S.A.S.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2022 00084 01

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la empresa Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial S.A.S., contra el fallo proferido el 30 de abril de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 30 de septiembre de 2021

(fl. 44) y remitido el expediente a esta Corporación el 9 de diciembre de 2021 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La señora Luz Adriana Bedoya Castaño pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de la incapacidad médica expedida el 21 de noviembre de 2017, por 30 días, así como al pago de los intereses moratorios causados.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

En sustento de sus pretensiones manifestó que era trabajadora de la empresa Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial S.A.S., encontrándose vinculada a Coomeva EPS, en calidad de cotizante, que el trámite de su incapacidad fue adelantando en debida forma por su empleador, recibiendo como respuesta lo señalado en el artículo 8 de la Ley 828 de 2003, lo que carecía de verdad, pues se habían realizado por su empleador oportunamente los aportes al sistema general de seguridad social en salud, resaltando que hasta ese momento no se le habían cancelado por la EPS.

Mediante auto del 8 de febrero de 2019, se ordenó vincular al proceso a la empresa Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial S.A.S.

I. RESPUESTA COOMEVA EPS S.A.

Cooameva EPS S.A., manifestó que el reconocimiento y pago de las incapacidades debatidas no las aceptaba, por cuanto había generado todos los trámites administrativos correspondientes, para otorgar los servicios de salud requeridos por la usuaria, de igual forma había generado todos los trámites correspondientes en aras de generar el reconocimiento y pago de la incapacidad solicitada. Propuso las excepciones de mérito que denominó: buena fe, pago de la obligación, falta de legitimación en la causa¹ y excepción genérica.

II. RESPUESTA SALUD OCUPACIONAL HIGIENE Y SEGURIDAD INDUSTRIAL

La empresa Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial S.A.S., no allegó contestación de la demanda, sin embargo, remitió copia de las planillas de aportes de los meses de mayo 2017 a octubre de 2017.

III. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, ordenando el pago de \$737.717 a cargo de la empresa Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial S.A.S., por cuanto, se advertía que la demandante y la empresa

¹ "Existe una falta de legitimación en la causa, en la medida en que debe ser Salud Ocupacional Higiene Y Seguridad Industrial Sas. quien asuma el pago de las incapacidades y posteriormente realizar el recobro del dinero ante la EPS."

enunciada sostenían una relación laboral vigente para el momento de expedición de la incapacidad, producto de la cual la actora fue afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en Coomeva EPS, no obstante, destacó que la empleadora de la demandante no allegó los desprendibles de nómina o manifestación suscrita por la trabajadora con la que se comprobara el pago total de la incapacidad pretendida por parte del empleador, precisando que conforme a lo establecido en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, tratándose de un trabajador dependiente correspondía al empleador adelantar el trámite de reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad.

Concluyendo así que era obligación del empleador reconocer y cancelar las prestaciones económicas expedidas a sus trabajadores y cuando estos ya hubieran satisfecho la obligación, podían tramitar ante la EPS el reembolso de la prestación económica cancelada.

IV. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La empresa Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial SAS, impugnó la decisión, por cuanto era la EPS, por medio de la cual cotizaba la señora Luz Adriana Bedoya Castaño, la llamada a realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas de la demandante, resaltando que las omisiones en el pago de tales incapacidades carecían de todo fundamento por cuanto no había una razón válida para dicha omisión, dando afirmaciones falsas y dilatorias, siendo que las incapacidades de la demandante se encontraban liquidadas

por la EPS, pero no canceladas a la fecha porque se encontraba pendiente de cancelar como podía observarse en el estado de liquidación de las incapacidades y que no era cierto que la empresa tuviera algún tipo de mora en el pago de aportes.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver, lo primero que habría que señalar es que el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, establece que el trámite para el reconocimiento de incapacidades de enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad, debe ser adelantado directamente por el empleador y que en ningún evento puede ser trasladado al trabajador, tal y como se observa a continuación:

“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 ley² 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:

² 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).

“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 contrario a lo sostenido por la recurrente, la normatividad vigente no contempla la procedencia del pago directo de la incapacidad por parte de la EPS al trabajador dependiente, pues se reitera que esta debe ser pagada directamente por el empleador y luego si proceder a su recobro ante la EPS, para ello es importante que se tengan en cuenta que debe interpretar lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con las normas antes mencionadas, siendo que tal preceptiva establece que el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Precisado lo anterior, se procedió a revisar los documentos obrantes en el expediente, advirtiendo que en efecto no se

allegaron los comprobantes de nómina de la actora, pese a que fueron solicitados expresamente por la Superintendencia en el auto que ordenó la vinculación al proceso de Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial SAS, a efectos de verificar el pago efectuado a la demandante durante la incapacidad, de tal suerte que al no haberse allegado los mismos, no quedaba otra alternativa que condenar a Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial S.A.S., a efectuar su pago, en cuanto no acreditó el cumplimiento de su obligación legal, razón por la cual se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial S.A.S.

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 30 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada Salud Ocupacional Higiene y Seguridad Industrial

S.A.S. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

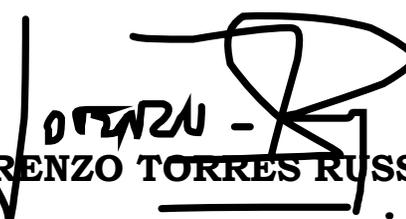

LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
JOSE PABLO PIMENTEL MUÑOZ CONTRA CAFESALUD EPS
S.A. EN LIQUIDACIÓN.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2022 00429 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Cafesalud EPS S.A. en Liquidación, contra el fallo proferido el 9 de noviembre de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 12 de noviembre de 2021 (fl. 50) y remitido el expediente a esta Corporación el 17 de febrero de 2022 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

El señor José Pablo Pimentel pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento económico de \$1.092.600 por concepto de gastos derivados de compra del medicamento Mesalzina de 500 mg.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

En sustento de sus solicitudes el señor José Pablo Pimentel, indicó que Cafesalud EPS, le autorizó conseguir medicamentos de alto costo de manera particular, por no haber disponibilidad del insumo en el momento en que lo requería, adquiriéndolo por intermedio de la droguería Comfenalco para continuar con el tratamiento ordenado por el internista.

III. RESPUESTA CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN

Cafesalud EPS, manifestó que la solicitud de reembolso por el valor el medicamento había sido aprobado, precisando que el mismo no había sido cancelado por cuanto el Banco de Bogotá tenía congelada la cuenta destinada para realizar el giro y pago de las prestaciones económicas, ya que esta había sido embargada por orden judicial. Propuso las excepciones de mérito que denominó: reembolso aprobado y genérica.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, por valor de \$1.092.600, con fundamento en los principios de integralidad y continuidad en materia de seguridad social, advirtiéndole que Cafesalud EPS, no actuó en forma diligente respecto al suministro del medicamento Mesalazine Salofak 500 mg, requerido para el diagnóstico de Colitis Ulcerativa prescrito por el médico tratante del actor y ordenado mediante fallo de tutela del Juzgado Tercero Civil Municipal de Armenia Quindío, desde el 25 de marzo de 2009, a la entonces SaludCoop EPS, siendo que la EPS demandada aceptó el reembolso solicitado pero condicionó su pago al descongelamiento de la cuenta maestra de Cafesalud EPS, sin que existiera justificación legal para sustraerse del pago de la obligación, en tanto que al haberse decretado la toma de posesión inmediata, su agente liquidador tenía el deber de velar por el levantamiento de las medidas cautelares que pesaran sobre los bienes de la entidad, de manera que la vulneración se tornaba más gravosa por cuanto la demandada dilataba el reconocimiento.

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Cafesalud EPS, impugnó la decisión, refiriendo que para la elaboración de la impugnación se procedió a revisar el estado del pago del reembolso, evidenciándose que aún se encontraba pendiente de pago, de manera que el demandante debería presentar la acreencia dentro del proceso liquidatorio de la EPS

para que se llevara a cabo su estudio frente a un eventual reconocimiento.

Acto seguido, indicó 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, que de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2555 de 2010, se comunicaron dos avisos emplazatorios en medios de comunicación los días 13 y 28 de agosto de 2019, a efectos que todas las personas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones realizaran la radicación de sus créditos y que para ello la liquidación había establecido una serie de formatos e instructivos publicados en la pagina web para que a través de estos fueran presentadas, solicitando finalmente se ordenara a la demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatario radicado su acreencia para proceder al estudio de un eventual reconocimiento y pago de acuerdo con los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso, lo primero que debe señalarse es que no se advierte que 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, por lo que no existe mérito para abordar el estudio del recurso presentado, pues se reitera que en el mismo no se manifestó desacuerdo alguno contra la decisión y mucho menos solicitud de modificación o

revocatoria, razón por la cual la sentencia impugnada será confirmada.

Ahora bien, frente a la solicitud que realiza 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 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 las incapacidades reclamada por el señor José Pablo Pimentel Muñoz, atendiendo lo señalado en el precedente y normatividad citada, respecto a 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 las prestaciones que le fueron reconocidas, sin posibilidad de incluir pronunciamiento alguno en razón a que la competencia de este tribunal está referida a las materias de la apelación.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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 Conciliación, de fecha 9 de noviembre de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

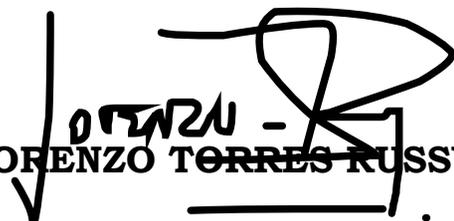

LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR
MARIA ELENA CARDENAS DE MORA CONTRA CAFESALUD
EPS S.A. EN LIQUIDACIÓN.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2022 00486 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Cafesalud EPS S.A. en Liquidación, contra el fallo proferido el 29 de abril de 2021, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 12 de noviembre de 2021 (fl. 42) y remitido el expediente a esta Corporación el 25 de febrero de 2022 (fl. 1 C2).

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La señora María Elena Cárdenas de Mora, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento económico de \$1.222.201 por concepto de los gastos en los que incurrió para atender procedimiento quirúrgico de perfusión miocárdica con stress farmacológico.

II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES

En sustento de sus pretensiones manifestó que debía llevar controles frecuentes en razón a los infartos sufridos, la operación de corazón abierto que le había sido practica y sufrir de hipertensión y tiroides, aduciendo que para el 24 de febrero d 2017, sufría de taquicardia por lo que le mandaron a realizar exámenes, entre ellos, el de perfusión miocárdica con stress farmacológico, sin embargo, pese a tener tal orden médica no le autorizaban el examen, por lo que debió asumir su atención y costo directamente dada la negligencia de la EPS.

III. RESPUESTA CAFESALUD EPS EN LIQUIDACIÓN

Cafesalud EPS, manifestó que se oponía a las pretensiones de la demanda por cuando el reembolso se encontraba aprobado, pero su pago estaba pendiente, pues no se había materializado porque la entidad se encontraba en liquidación y cualquier pago a los acreedores debía realizarse en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio,

oposición que se presentaba en razón a que Cafesalud S.A EPS entró en proceso de liquidación, lo que suponía la oportunidad para los acreedores de presentar sus créditos ante el liquidador.

IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, por valor de \$1.222.201, con fundamento en que las pruebas documentales allegadas establecían que si bien lo requerido por la actora no correspondía a una urgencia médica dada la dilación en la materialización de la autorización y la programación del procedimiento por Cafesalud EPS, esta debió ser costeadada por la demandante en la Fundación Clínica Shaio, precisando que si bien, con la contestación de la demanda se adujo que el reembolso se encontraba pendiente de pago, ya que la EPS se encontraba en liquidación y cualquier pago a los acreedores debía realizarse en el marco de la normativa legal aplicable al proceso liquidatorio, indicó que al haberse decretado la toma de posesión inmediata, su agente liquidador tenía el deber de velar por el levantamiento de las medidas cautelares que pesaran sobre los bienes de la entidad, para garantizar el cubrimiento de las acreencias reconocidas dentro del proceso liquidatorio, por lo que no se encontraba justificación legal, para sustraerse del pago de las prestaciones económicas a su cargo, aun cuando tuviera las cuentas embargadas

V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

Cafesalud EPS, impugnó la decisión, refiriendo que en la contestación de la demanda indicó que el reembolso deprecado se encontraba aprobado por Cafesalud EPS y que su pago no se había llevado a cabo debido a que la entidad se encontraba en liquidación y cualquier pago a los acreedores debía realizarse en el marco de la normatividad legal aplicable al proceso liquidatorio, sin embargo, al revisar la Sentencia, el Despacho condena a Cafesalud, aduciendo que la EPS arguye que no había realizado el pago del reembolso por tener la cuenta maestra de la Entidad en estado embargado, sin que en alguna parte de dicha contestación se hiciera alusión a algún tipo de embargo por orden judicial.

Acto seguido, indicó 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, que de conformidad con lo estipulado en el Decreto 2555 de 2010, se comunicaron dos avisos emplazatorios en medios de comunicación los días 13 y 28 de agosto de 2019, a efectos que todas las personas que se consideraran con derecho a formular reclamaciones realizaran la radicación de sus créditos y que para ello la liquidación había establecido una serie de formatos e instructivos publicados en la pagina web para que a través de estos fueran presentadas, solicitando finalmente se ordenara a la demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatorio radicado su acreencia para proceder al estudio de un eventual reconocimiento y pago de acuerdo con los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010.

VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso, lo primero que debe señalarse es que en efecto el argumento expuesto en la contestación de la demanda estuvo relacionado con que el reembolso se encontraba aprobado pero como la entidad se encontraba en liquidación, cualquier pago a los acreedores debía realizarse en el marco del proceso liquidatorio, no obstante, tal consideración no desvirtuaba que el problema jurídico a solucionar giraba en torno al reembolso de unos gastos reclamados por la demandante, que era lo que estaba en controversia y fue lo solucionado por el aquo en la sentencia, sin que por el hecho de haber entrado en liquidación pudiera desvirtuarse la condena del derecho reclamado, en la medida en que ello incide es frente al pago del derecho que resulte ordenado como se explicara a continuación.

Para el efecto, se tiene 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 des fijación 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 de los gastos reclamados por la señora María Elena Cárdenas de Mora, atendiendo lo señalado en el precedente y normatividad citada, respecto a 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 se encuentra 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 las prestaciones que le fueron reconocidas, sin posibilidad de incluir pronunciamiento alguno en razón a que la competencia de este tribunal está referida a las materias de la apelación.

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 Conciliación, de fecha 29 de abril de 2021, de conformidad con lo expuesto 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