



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUCRECIA
HOLGUIN PEREZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 002 2019 00866 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre 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 el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2022.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de Colpensiones, en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia, pues indicó que era dable destacar, que en principio, la demandante sería beneficiaria del régimen de transición, de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que contaba con más de 35 años de edad, pero sin que conservara el mismo, ya que en los últimos 20 años, acredito 548 semanas cotizadas al ISS y al 31 de julio de 2010, acredito la misma cantidad de semanas cotizadas, cifra inferior a las 750 semanas requeridas para que se hiciera extensivo el régimen de transición.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que es beneficiaria del régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia se le reconociera y pagara la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del 2 de noviembre de 2010, así como al pago las mesadas adicionales, de los intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas, se realice la compensación o retribución de los dineros pagados por la indemnización sustitutiva, a las costas procesales y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

En sustento de sus pretensiones mencionó que nació el 2 de noviembre de 1955; que empezó a cotizar como trabajadora dependiente ante el ISS, desde el 27 de julio de

1992; que durante toda su vida laboral cotizó para riesgos de I.V.M., válidamente un total de 590 semanas; que mediante Resolución No. GNR 105700 del 21 de mayo de 2013 Colpensiones, le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de \$13.742.063; que posteriormente, a través de apoderado judicial solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, siendo negada mediante Resolución No. SUB 224740 del 20 de agosto de 2019; que contra la citada resolución se presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación; finalmente, que mediante Resolución No. SUB 252862 del 14 de septiembre de 2019 y Resolución No. DPE 11336 del 15 de octubre de 2019, Colpensiones resolvió confirmar la Resolución No. SUB 224740 del 20 de agosto de 2019.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 1, 2, 3, 6, 13, 25, 29, 39, 46, 48, 53, 58 y 93 de la Constitución Política de Colombia, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 1650 de 1977, los artículos 11, 21 y 36 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, trajo a colación la Sentencia de la Corte Constitucional No. 168 del 20 de abril de 1995.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda, como se observa en el documento 05 del expediente digital, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto refirió que no era procedente declarar que la actora era beneficiaria del régimen de transición pues conforme al artículo 36 de la Ley

100 de 1993, era necesario que al 1° de abril de 1994 tuviera 35 años o más de 750 semanas cotizadas, señalando que si bien la demandante contaba con la edad, debía tenerse en cuenta que para continuar gozando del mismo, la demandante debía contar con más de 750 semanas de cotización al 25 de julio de 2005, advirtiendo que para dicha data la demandante contaba con 519 semanas de cotización. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DEPENDENCIAS – COLPENSIONES**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante LUCRECIA HOLGUÍN PÉREZ, identificado con la C.C. No.24.226.113, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de **INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO** propuesta por la parte demandada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte accionante dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a (½) medio salario mínimo mensual legal vigente.

CUARTO: Si no fuere apelado, **CONSÚLTESE** con el superior.”

Como fundamento de su decisión argumentó que la actora acreditaba el cumplimiento de la edad requerida al 1° de abril de 1994, para ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero para poder conservar el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014, se debía contar con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25/07/2005), se procedió a revisar la historia laboral, encontrando que la demandante cotizó durante toda su vida laboral entre el 27 de julio de 1992 al 28 de febrero de 2006 un total de 548.29, lo que permitía evidenciar que no satisfacía con dicha exigencia.

Sin embargo, refirió que de conformidad con lo dispuesto en decanta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en la aplicación de las facultades que trata el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, le corresponde al juez de la causa estudiar la prestación reclamada con la norma que le sea aplicable para su eventual reconocimiento, por lo que procedió a estudiar la pensión deprecada con fundamento en lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

A renglón seguido, analizó que para la fecha en que la demandante solicitó la pensión (26 de abril de 2019), le correspondía acreditar 57 años de edad y un mínimo de 1300 semanas de cotización, sin embargo, que para la fecha en que cumplió la edad, esto es, para el 2 de noviembre de 2012, no contaba con la densidad de semanas exigidas en la norma para acceder a la prestación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante en su apelación mencionó que se habían descartado las pretensiones considerando que se debía tener por encima las disposiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando a su poderdante la cobijaba la norma más favorable, es decir, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, pues indicó que cuando entró en vigencia el acto legislativo, la demandante ya tenía acreditada las 500 semanas del Acuerdo 049 de 1990, norma que si le era exigible para la época de los hechos, al existir un conflicto de normas, por lo que solicitó la revocatoria de la sentencia, para en su lugar se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión en los términos solicitados.

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 en el presente asunto resultaba viable establecer que la actora conservó el régimen de transición y era viable el reconocimiento de la pensión de vejez de acuerdo con las condiciones del régimen anterior a la ley 100 de 1993.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en que la actora nació el 2 de noviembre de 1955 y que a la misma le fue reconocida indemnización sustitutiva por parte de Colpensiones, mediante Resolución

No. GNR 105700 del 21 de mayo de 2013, en cuantía de \$13.742.063¹.

Ahora bien, como la controversia radica en que se aduce que la actora es beneficiaria del régimen de transición y por tanto con fundamento en lo señalado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, era que se le debía reconocer la pensión de vejez, a efectos de determinar si procede o no, se entrara a analizar si la demandante acreditaba o no el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y para mantener el mismo hasta su desmonte definitivo (31 de diciembre de 2014).

Sobre el particular resulta pertinente recordar que el **artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, contempló el régimen de transición, señalando en lo pertinente lo siguiente “*La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.*”

¹ Pág. 20 a 23 del documento 01 del Expediente Digital (Demanda)

Con posterioridad, el **acto legislativo 01 de 2005**, estableció que “(...) *Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones*”, determinándose en el párrafo transitorio No. 4, que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los que estando en dicho régimen tuvieran 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del acto legislativo, esto es, al 22 de julio de 2005, a quienes se les mantendría el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

Precisando lo anterior y dado que la demandante nació el 2 de noviembre de 1955, se tiene que la misma tenía 35 años para la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1° de abril de 1994), por lo que en principio era beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, la misma cumpliría los 55 años de edad hasta el 2 de noviembre de 2010 (edad exigida en la normatividad anterior **Art. 12 Dto. 758/90**), por lo que para dicha data era necesario establecer si la actora aún conservaba el derecho al régimen de transición.

A efectos de lo anterior, debía verificarse si la demandante contaba con 750 semanas cotizadas para el 22 de julio de 2005, pues ello era lo que le daba derecho a conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, según se extrae de las normas citadas en precedencia.

Descendiendo en el análisis se tiene que revisado el reporte de semanas cotizadas que fue allegado por Colpensiones (actualizado al 22 de febrero de 2021)², es posible establecer que la demandante entre el 27 de julio de 1992 y el 25 de julio de 2005, cotizó un total de 519.42 *semanas*, por lo que es claro, que estas no resultaran suficientes para poder conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que no era posible acceder a lo solicitado por la demandante.

Así mismo, debe señalarse que tampoco se cumplen los requisitos contemplados en el **artículo 33 de la Ley 100 de 1993** (Modif. art. 9 de la Ley 797 de 2003), siendo esta la normatividad vigente en la actualidad, pues de acuerdo con tal preceptiva para tener derecho a la pensión se debe haber cumplido 57 años de edad si es mujer o 62 años si es hombre y haber cotizado un mínimo de 1300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, pues en este escenario sucede como en el anterior que se acredita la edad, pero no el acumulado de semanas exigido en la norma.

Finalmente, respecto a la aplicación del principio de favorabilidad, debe recordarse que tratándose del reconocimiento de la pensión de vejez, esta solo es posible concederla conforme a la normatividad que rija el asunto y siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en ella, en ese orden y dado que en este caso la demandante no conserva el régimen anterior y analizada la prestación bajo las normas ya mencionadas, se encontró que no se

² Pág. 39 a 45 del documento 05 del Expediente Digital (Contestación de la demanda)

acreditaba el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión en ninguna de las normas aludidas, resultaba imposible poder acceder la prestación reclamada, sin que en todo caso se advierta que en el presente asunto existiera conflicto o duda sobre las normas que regían el asunto.

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 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de febrero de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

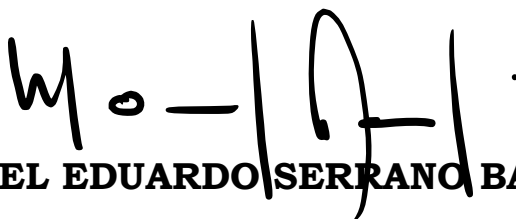
Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LORENZO - RUSSEY', with a large, stylized flourish above the name.

LORENZO TORRES RUSSY

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'MARLENY RUEDA OLARTE', with a large, stylized flourish above the name.

MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO', with a large, stylized flourish above the name.

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.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LORENZO - RUSSEY', with a large, stylized flourish above the name.

LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR WILLIAM
FERNANDO IREGUI FERRO contra SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

RADICADO: 110013105 007 2020 00271 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Liseth Dayana Galindo Pescador, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.073.680.314 y tarjeta profesional No. 215.205 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la demandada Colpensiones, en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

De igual, atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Angélica María Cure Muñoz, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional No. 369.821 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

En esta instancia se recibieron los alegatos presentados por la apoderada de la parte demandante y los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A.

La apoderada de la parte demandante, mencionó que la decisión de primera instancia deberá confirmarse, en cuanto se acoge al precedente jurisprudencial pacífico, sin embargo, peticionó se modificara la fecha de la causación del derecho a partir del 5 de marzo de 2020, fecha en que se radico la solicitud pensional, puesto que, para dicha data el actor ya contaba con los requisitos exigidos por la norma para hacerse acreedor a la prestación.

COLPENSIONES, manifestó que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la parte demandante, por cuando este suscribió el formulario de afiliación al RAIS, el 24 de abril de 2006 con la AFP Porvenir S.A., y por ende, la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, por lo que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen; así mismo, manifestó que del recuento que se hace en el libelo, el interrogatorio y las pruebas que se arrimaron al

proceso, no prueba que la demandante haya ejercido sus obligaciones como consumidor financiero, en cuanto a la diligencia y su deber de informarse al momento de tomar la decisión del traslado del RPM al RAIS.

PORVENIR S.A., argumentó que tanto el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como su afiliación a la AFP Porvenir S.A., se realizó de manera libre, voluntaria y consciente. Lo anterior, tal y como se lee del formulario de afiliación y cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de libertad de afiliación. Así mismo, no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP Porvenir S.A se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían.

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 demandante, las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de enero de 2022.

I. ANTECEDENTES

El señor William Fernando Iregui Ferro, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP,

trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todos los valores que se constituyan en la cuenta de ahorro individual; así mismo, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional, indexación de los valores condenados y al pago de las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió inicialmente al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, cotizando más de 928 semanas. Que se trasladó a Porvenir S.A. el 24 de abril de 2006, advirtiéndolo, que el traslado efectuado, no conto con ningún tipo de asesoría por parte de la AFP sobre las diferencias entre el RPM y el RAIS, ni las implicaciones que tenía para él, así como tampoco, que tenía el derecho de retracto; y, por último, que presento solicitudes antes las demandadas para retornar al régimen de prima media, siendo negadas.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993; así mismo como fundamento jurisprudencial trajo a colación la sentencia de la CSJ No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, MP. Eduardo López Villegas y la sentencia del 21 de enero de 2014, radicado 11001310501120210010801 emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, M.P. Martha Ruth Ospina Gaitán.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del proceso no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en

error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación de régimen pensional efectuado por el demandante al fondo administrado por PORVENIR S.A. es completamente válida, por cuanto esta brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el traslado de régimen pensional). Mencionó, que, de igual forma, estuvo ajustado a lo dispuesto, en el artículo 30 del mismo Decreto. Por lo que, no le era dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. 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 27 de enero de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió

*“**PRIMERO:** Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:*

-El señor WILLIAM FERNANDO IREGUI FERRO con la AFP PORVENIR S.A el 24 de abril de 2006 en formulario N°02533674

***SEGUNDO:** ORDENAR a PORVENIR S.A, a trasladarla totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor **WILLIAM FERNANDO IREGUI FERRO** dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**.*

***TERCERO:** Igualmente, PORVENIR S.A, debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados a título de actualización monetaria.*

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

***QUINTO:** Ordenar a Colpensiones a reconocer liquidar y pagar la pensión de Vejez confirme a los lineamientos de la Ley 100 de 1993 de la cual es beneficiario el señor WILLIAM FERNANDO IREGUI FERRO.*

SEXTO:** Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.

SEPTIMO:** Se condena en costas al fondo demandado **PORVENIR S.A.** y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo **PORVENIR S.A.**, no hay lugar a condena en costas a cargo de **COLPENSIONES

***OCTAVO:** **ORDENAR** la consulta, a favor de **COLPENSIONES**, como entidad garantizada por la Nación y a fin el superior revise la legalidad de la actuación.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia la obligación de las entidades de suministrar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen de suerte que le permita con

elementos de juicio escoger la mejor opción que se le ajustara a su interés; dicha información necesaria hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones.

A renglón seguido, estudió la solicitud de la pensión de vejez solicitada en la demanda e indicó que el actor acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, reformada por la Ley 797 de 2003, y para el efecto cumplió la edad de los 62 años de edad el 21 de enero de 2019 y que cuenta con un total de 1.723 semanas cotizadas, frente al disfrute de la prestación preciso que esta se daría a partir del retiro de sistema pensional, destacando que a la fecha de la decisión se encontraba activo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, ratificándose en lo contenido en la contestación de la demanda y en las alegaciones finales, en razón a que manifestó que su representada en nada tuvo que ver con el negocio jurídico suscrito entre las partes y que a través de la decisión, es la principal damnificada, ya que ello, está generando a su representada una descapitalización en el sistema general de pensiones; adicionalmente, petitionó, que no se condene en costas y agencias en derecho en segunda instancia, por las mismas razones expuestas, en lo referente a que no se encontraba involucrada en el negocio jurídico de las demás partes intervinientes.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, en cuanto manifestó que no existían razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de la parte actora, como quiera que para el año 2006 se cumplieron a cabalidad los presupuestos y requisitos necesarios para tener válidamente afiliado al actor; señaló que la sociedad actuó en el marco de la buena fe objetiva, ya que en ningún momento fue coartado su derecho de información; expuso, que el demandante es una persona completamente capaz de pedir derechos y obligaciones, sin que ejerciera el derecho de retracto que le asistía; así mismo, recurrió la decisión de primera instancia, en la medida que no se ordene el retorno de los cobros de cuota de administración al tener una destinación específica y sin que se encuentren a la fecha en el patrimonio de la entidad.

A su turno, la apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la decisión, con el fin de que se revise la fecha de causación del derecho, para ello, adujo, que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral ha dicho que no solamente la fecha de causación puede ser la fecha del retiro del sistema sino el momento en el que el solicitante requiere el reconocimiento de la prestación.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente

de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 24 de abril de 2006¹.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, manifestó que inició su vida laboral como médico en el Hospital de Miraflores en Boyacá, luego en Hospital de Vista Hermosa en el Meta, posteriormente en el Hospital San Juan de Dios, pero que desde el año 1991, este último, no efectuó los pagos correspondientes a la seguridad social en pensiones, por lo que para el año 2006 que comenzó a laborar con la Policlínica Clark, de naturaleza privada, donde debía tener su afiliación a pensión en virtud de la sentencia de salud, por lo que diligencio los documentos necesarios, y por tanto, lleno y firmo en formulario de la AFP en la Secretaría de Salud, sin la presencia de asesor o funcionario alguno de la AFP, por lo que no recibió la información necesario de las implicaciones que conllevaba el cambio del RPM al RAIS.

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

¹ Pág. 28 del documento 16, Expediente Digital (Contestación de la demanda Porvenir S.A.)

En ese orden de ideas, no es posible colegir que la pasiva suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Porvenir S.A. el 24 de abril de 2006.

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 SL17595-2017 y SL4989-2018, 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.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez solicitada, una vez se acredite la desafiliación del sistema, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de

información y recursos del demandante en el régimen de prima media. Lo anterior, como quiera que si bien dentro del Régimen de Prima Media se requiere para el reconocimiento de la prestación de vejez, el retiro del sistema previamente por parte del afiliado, en el caso bajo estudio, es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que COLPENSIONES pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de enero de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARMEN BEATRIZ MANTILLA MANTILLA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 009 2019 00647 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 demandada Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de abril de 2022.

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

COLPENSIONES, argumenta que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas, y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez.

PORVENIR, argumenta que la afiliación de la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de

afiliación suscrito con la AFP Porvenir S.A., cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación.

DEMANDANTE, argumenta que mediante sentencia con radicación SL 17595-2017 M.P Dr. Fernando Castillo Cadena destaca los deberes y obligaciones que omiten los fondos que administran el régimen de ahorro individual: “(i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad; (iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está”

I. ANTECEDENTES

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

Sustentó sus pretensiones, en que el 14 de julio de 1987 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales (ISS), hoy Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-. Que el día 27 de mayo de 1994, diligenció el formulario de afiliación con la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., trasladándose del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48, 49, 53 y 335 de la Constitución Política; los artículos 1603 y 1746 del Código Civil; los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 26, 33, 39, 40, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 74 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo; los artículos 1, 2, 3, 4, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 21, 33, 34, 36, 64, 97, 100 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículos 4, 14, 15 y 35 del Decreto 656 de 1994; artículo 11 del Decreto 692 de 1994, reglamentado por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), mediante las circulares 30 y 37 de 1994; artículo 3, 97 y 98 del Decreto 663 de 1993; artículo 3, 4, 12, 15 del Decreto 720 de 1994; artículo 1 y 3 del Decreto 1161 de 1994; artículo 12, 25 de la Ley 795 de 2003; Ley 1328 de 2009; artículo 1 de la Ley 1748 de 2014; Decreto 2071 de 2015; y demás normas legales vigentes y concordantes.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que si bien desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó acabo la asesoría no es menos ciertos que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea

completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de Porvenir S.A con la información suficiente y necesaria para su afiliación en régimen ahorro individual con solidaridad. De igual manera, es de indicar que la demandante recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó la afiliación al sistema de pensiones). 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 del 28 de abril de 2022, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Carmen Beatriz Mantilla Mantilla, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones – al RAIS, administrado por Porvenir, el 27 de mayo de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Carmen Beatriz Mantilla Mantilla, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

QUINTO: Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a lo explicado por la Corte Suprema de Justicia el deber de información a cargo

de las AFP ha sido exigible desde su creación y ha identificado tres etapas conforme a las normas que regulan el tema y que abarcan de 1993 al 2009, del 2009 al 2014 y del 2014 en adelante, es así que en la sentencia SL 2209 de 2021 sobre la primera etapa, menciona que la expresión “libre y voluntaria” del literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 necesariamente presupone conocimiento lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de ésta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en cuanto a que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la actora como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, además téngase en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que la actora deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen que se encuentra afiliada. Ahora bien, téngase en cuenta la sentencia con radicado 201687 de 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad que el valor de la pensión que ha de recibir en este momento en el Régimen de Prima Media pueda resultar superior a la que ha de recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la actora lo haya hecho movida por un engaño o una equivocada información por parte del fondo.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que si bien la Corte Suprema de Justicia ha establecido una amplia línea jurisprudencial que desarrolla el tema de la ineficacia y/o nulidad, también ésta Corporación ha sido enfática en señalar que dicho precedente no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos donde se solicite la declaratoria de ineficacia de la afiliación pues claramente debe haber una similitud fáctica en cada caso, situación que

para la AFP no se da como quiera que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria sin presiones ni apremios de ninguna naturaleza por parte de este Fondo Privado, además que realizó también su traslado de manera informada todo ello de conformidad con la normatividad que se encontraba vigente para el año 1994 que si bien, como se ha manifestado, ese deber de información ha existido desde la misma creación de las AFP pues también ha existido un desarrollo tanto legal como jurisprudencial que ha hecho más exigente ese deber con el pasar de los años, en ese sentido cabe advertir que si bien es cierto existía esa obligación de información vale la pena señalar que la información que debía brindarse era una información necesaria, veraz y suficiente pero nada más. En cuanto a los gastos de administración, no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no pues se recuerda que, la aplicación de ésta figura jurídica es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás y en ese entendido se tendría que los frutos dados por la administración de Porvenir S.A. tampoco se han generado y así mismo, cabe advertir, que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual con solidaridad pondrían a la demandante en una condición diferente a la que ésta se encontraría en caso que hubiere permanecido afiliada al régimen de prima media, toda vez que recibirá dineros que no se generan en este régimen pensional yendo entonces en clara contravención en lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio. Así mismo, devolver los gastos de administración estaría avalando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte S.A, el 27 de mayo de 1994.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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 Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN CARLOS BARRERO
QUINTERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 012 2021 00059 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 de las demandadas Porvenir S.A., Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio de 2022.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que la afiliación del actor con la AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se establece en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley; así como también 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.

Por su parte la apoderada del demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al señalar que se sustentó conforme la línea jurisprudencial edificada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cuales se ha desarrollado el deber de información a cargo de las Administradoras de pensiones, así como también la carga de la prueba en estos asuntos.

I. ANTECEDENTES

El señor Juan Carlos Barrero Quintero, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Instituto de los Seguros Sociales a Colfondos S.A., y posteriormente a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordena a la AFP trasladar a Colpensiones., todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., junto con los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que se traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado en ese entonces por el Instituto de los Seguros Sociales a el Régimen de Ahorro Individual administrado por Colfondos S.A., en el mes de septiembre de 1998; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 13, 53 de las Constitución política, los artículos 36, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del sistema Financiero; los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 1603 del Código Civil, la Circular Externa 001 de 2004 de la entonces Superintendencia Bancaria, los artículos 2 y 23 de la Ley 797 de 2003, el Decreto 3800 de 2003, la Circular 001 de 2004 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado N° 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014 y 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra al considerar que el traslado que a Colfondos goza de completa validez, toda vez que se informó al demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían el RAIS, para que se tomara una decisión libre y voluntaria. 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, buena fe.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra al considerar que la afiliación se presentó en virtud del derecho a la libre escogencia de fondo de pensiones, sienta para el actor el RAIS su elección, precisó que los asesores comerciales brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, ratificación de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió para trasladarse y se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones dejando sin certeza lo pretendido en la demanda. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

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 cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de afiliación suscrito por el demandante. Propuesto 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 y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de julio de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor JUAN CARLOS BORRERO QUINTERO identificado con C.C. No 19.490.089 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN el 8 de mayo de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor JUAN CARLOS BORRERO QUINTERO al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JUAN CARLOS BORRERO QUINTERO tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados al accionante, durante el tiempo que permaneció afiliado a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegren COLFONDOS y PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor JUAN CARLOS BORRERO QUINTERO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

SEXTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una. Sin costas para PROTECCIÓN.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicado 3383 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1452 de 2019, entre otras,

en lo que a información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es su obligación suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso la de ante poner los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar a un afiliado, pues el hecho de firmar un formulario de afiliación no implica per se que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo, lo cual no prueba que la información se haya brindado luego son dichas entidades que tienen la carga de la prueba en demostrar que suministraron la información en los términos suministrados en la jurisprudencia en comento.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al señalar que si bien es cierto existe una línea jurisprudencial en relación a la ineficacia de traslados imputables a la falta al deber de información la Corte Suprema de Justicia ha indicado que dicha línea solo se puede aplicar en casos de supuestos facticos donde exista una similitud; supuestos que en el presente caso no se presentan comoquiera que el demandante se afilio de manera libre y voluntaria y con sustento en las cargas impuestas a los fondos privados por ley para el año 2001; por otro lado preciso que en lo referente a la condena de la devolución de rendimientos y gastos de administración, no resulta coherente declarar la ineficacia en ciertos sentidos y en otros no ya que se desbordan los efectos de la misma dado que la consecuencia jurídica es declarar que el negocio jurídico jamás se celebró de conformidad a lo señalado por la Superintendencia Financiera, así como también dichos descuentos se encuentran contemplados en la ley.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida al considerar que no le asiste razón a la parte demandante para que se declare la ineficacia del traslado realizado para el año 1995, toda vez que hizo uso del derecho a la libre escogencia de régimen pensional, así como también el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003;

resaltando que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa; por otro lado preciso que no se encuentra de acuerdo en la condena de costas, en virtud de la buena fe que ostenta la entidad que no participo en el negocio celebrado entre el demandante y 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 visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena S.A hoy Protección S.A., el 8 de mayo de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, 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, adicionando el numeral cuarto en el sentido de condenar también a Protección S.A., a efectuar el traslado de gastos de administración a ordenes de Colpensiones, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho

pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL CUARTO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de julio de 2022, en el sentido de condenar también a Protección S.A., a efectuar el traslado de gastos de administración a ordenes de Colpensiones.

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

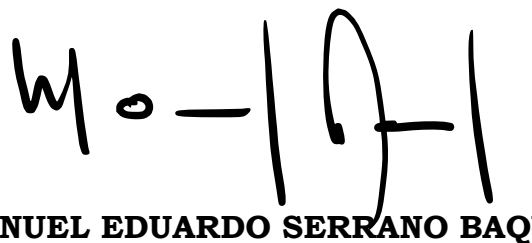
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LAURA CRISTINA CARRILLO ORTEGON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 012 2021 00067 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte de la demandada Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de enero de 2022.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que previa asesoría personalizada en la oficina de la actora, la

afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley siendo dicho documento debidamente estructurado.

Colpensiones manifestó que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevo a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del RPM.

Por su parte la apoderada del demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al señalar que no se obro como lo demanda la ley y como correspondía hacerlo particularmente y especialmente por las AFP demandadas, de tal suerte que las razones informadas por el Juzgador de instancia no han sido controvertidas.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare nula la afiliación que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado se ordene a la AFP la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y la pertenencia en dicho fondo, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, los rendimientos causados hasta la fecha a Colpensiones y por consiguiente se ordene a esta entidad el reconocimiento y pago de pensión vitalicia de vejez.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 21 de julio 1961; que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales; que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin que hubiera existido una información sobre las ventajas y desventajas de un régimen a otro que le permitiera tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el Decreto Ley 0433 de 1971; el Decreto Ley 1650 de 1977; el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 hogaño; el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la

misma anualidad; Ley 6ª de 1945; Ley 33 de 1985; Ley 71 de 1988; Ley 100 de 1993 y, demás disposiciones afines y concordantes y las sentencias de la corte suprema de justicia con radicado 68852 de 2019, 64860 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse y existe una ratificación tacita que trata artículos 1754 del Código Civil. Propuso entre otras las excepciones de perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, falta de reclamación administrativa, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra al considerar que el traslado de régimen pensional de la accionante fue voluntario, la AFP le brindo una asesoría profesional y completa, en la que dieron información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consiente, tal como lo dispone el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. 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, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de enero de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora LAURA CRISTINA CARRILLO ORTEGON al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de noviembre de 2002, a través de PORVENIR, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora LAURA CRISTINA CARRILLO ORTEGON al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la señora LAURA CRISTINA CARRILLO ORTEGON como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora LAURA CRISTINA CARRILLO ORTEGON al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, inclúyase en el acto de la liquidación la suma de \$2'000.000 por concepto de agencias en derecho.

SÉPTIMO: CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por lo expuesto.

OCTAVO: En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispone que, por secretaría, se remita copia de esta decisión a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, previo al envío del expediente al superior.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicado 3383 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1452 de 2019, entre otras, en lo que a información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es su obligación suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso la de ante poner los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar a un afiliado, pues el hecho de firmar un formulario de afiliación no implica per se que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo, lo cual no prueba que la información se haya brindado luego son dichas entidades que tienen la carga de la prueba en demostrar que suministraron la información en los términos suministrados en la jurisprudencia en comento.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al señalar que dio estricto cumplimiento al deber de información que le era exigible para el momento de la afiliación, esto es lo consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97 donde se suministró a través del principio de transparencia todo lo correspondiente a las operaciones que se realizaban con los aportes de los afiliados. De igual manera es importante precisar que, se está desconociendo la finalidad del sistema de seguridad social en Colombia ya que las razones para presentar esta demanda estuvieron orientadas directamente a un incumplimiento, de acuerdo a lo manifestado por la parte actora, respecto a las expectativas que tenía de lo que sería su mesada pensional y con ello no se puede argumentar que hubo una supuesta falta al deber de información por parte de Porvenir S.A. Respecto a la condena de devolución de los gastos de administración, comisiones y cotizaciones con sus frutos de intereses, es importante precisar que con la declaratoria de ineficacia se está desconociendo no solamente la teoría de las restituciones mutuas sino también se está generando un enriquecimiento sin justa causa al ordenarse devolver los rendimientos financieros y de igual manera a devolver los gastos de administración. Estos emolumentos no son descontados de manera arbitraria sino que se realizan en cumplimiento de un deber legal. Igualmente, respecto a la devolución de los dineros destinados a la cobertura del seguro previsional es preciso mencionar que estos no hacen parte de los dineros que administra por lo que pertenecen directamente a la compañía aseguradora.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena S.A hoy Protección S.A., el 8 de mayo de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, 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 Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de enero de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ MARINA
CASTELLANOS MEDINA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 015 2021 00096 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre 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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de noviembre de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de la parte demandante y la apoderada de Colpensiones, solicitó el apoderado de la parte demandante, que se proceda a confirmar en fallo de primera instancia, en cuanto ordeno el reconocimiento y pago a favor de la parte demandante de la indemnización sustitutiva, sin embargo, peticiono se aclarara si se ordenó o no la indexación de esta, manifestó, que no se cometió ningún error que vulnere los derechos a la parte recurrente, y por cuanto tampoco se evidencia ningún vicio de juzgamiento.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones, solicitó se estudie en su integridad el fallo proferido en primera instancia y que en caso de ser contrario a derecho se absuelva a su representada, en la medida en que se encuentra inmersa una incompatibilidad legal de las prestaciones, ya que a la actora le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través del FOMAG y como quiera que de conformidad con el art. 128 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, nadie puede devengar o desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó en forma principal que se declarara que es beneficiaria del régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia se le

reconociera y pagara la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, a partir del 24 de julio de 2011, así como al pago de los intereses moratorios, indexación de las sumas adeudadas, a las costas procesales y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita, subsidiariamente, se condenara al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo cotizado al ISS, desde el 2 de noviembre de 1979 al 31 de agosto de 1999, valor debidamente indexado.

En sustento de sus pretensiones mencionó que nació el 24 de julio de 1956; que, para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con 38 años de edad; que para el 24 de julio de 1991, fecha en que cumplió los 55 años de edad, cotizó un total de 554.86 semanas; que el 30 de octubre de 2020, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez, la cual fue negada por la demandada mediante Resolución No. SUB 24318 del 11 de noviembre de 2020; por último, que dentro del término legal presento los recursos de ley, los cuales fueron resueltos mediante Resolución No. SUB 257939 del 27 de noviembre de 2020 y Resolución No. DPE 16205 del 3 de diciembre de 2020, confirmando la decisión inicial.

Cómo fundamento normativo citó el artículo 6, inciso tercero, de la Ley 60 de 1993 y el artículo 279 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, trajo a colación la Sentencia del 7 de

julio de 2016, radicado 11001333171220110001403 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección F y la sentencia de la C.S.J. – Sala Laboral SL849-2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda, como se observa en el documento 20 del expediente digital, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto refirió que no era procedente conceder ni la pensión de vejez ni la indemnización sustitutiva de la misma a favor de la demandante por cuanto bajo los parámetros legales y constitucionales no puede recibir dos asignaciones del tesoro público. 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de noviembre de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al reconocimiento y pago a favor de la señora **LUZ MARINA CASTELLANOS MEDINA**, de la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la ley 100 de 1923, por las 556.14 semanas cotizadas al sistema general de pensiones en el régimen de prima media a través de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de las demás

pretensiones invocadas en la acción, específicamente en cuanto al reconocimiento de una pensión de vejez, y el pago de indexado de dicha indexación debido a que en la liquidación de la misma ya se incluye la indexación. Todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva y declarar frente a esta absolución demostrada las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, propuestas por la parte demandada.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a UN (1) SMLMV para el año 2021.

CUARTO: si la presente providencia no fuere impugnada, y dada la naturaleza jurídica de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se remitirán las diligencias al Superior para efectos de que las revisen en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de su decisión argumentó que la actora acreditaba el cumplimiento de la edad requerida al 1° de abril de 1994, para ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero para poder conservar el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014, se debía contar con 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25/07/2005), se procedió a revisar la historia laboral, encontrando que la demandante cotizó durante toda su vida laboral un total de 556.14, lo que permitía evidenciar que no satisfacía con dicha exigencia.

A renglón seguido, estudió la pretensión subsidiaria solicitada, referente a la indemnización sustitutiva de la pensión, para lo cual, señaló que se cumplían los requisitos para dicho reconocimiento, analizó si los recursos de las cotizaciones efectuada al ISS provenían o no de recursos públicos, determinó que estos, eran privados, al constatar la naturaleza de los empleadores de las cotizaciones efectuadas y atendiendo a que la prestación pensional percibida por la actora por parte de FOMAG se dio con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo que concluyó, que no se incumple lo

previsto en el lo previsto en el artículo 128 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 19 de la Ley 4 de 1999.

Anotó, frente al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión, que ya se encuentra determinado que esta habrá de ser actualizada o indexada al mes de pago.

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 establecer que la actora conservó el régimen de transición y era viable el reconocimiento de la pensión de vejez de acuerdo con las condiciones del régimen anterior a la ley 100 de 1993 o si en caso, contrario, hay lugar o no al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión debidamente indexada.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 7220 del 23 de noviembre de 2012, reconoció pensión vitalicia de jubilación a la actora partir del 25 de julio de 2011. Tampoco que Colpensiones mediante Resolución SUB 24318 del 11 de noviembre de 2020, negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, decisión que confirmó mediante Resolución No. SUB 257939 del 27 de noviembre de 2020 y Resolución No. DPE 16205 del 3 de diciembre de 2020, actos

administrativos en los que la demandada además estableció que la demandante no era acreedora de la pensión de vejez.

Ahora bien, frente a la primera controversia se encuentra que esta radica en que se aduce que la actora es beneficiaria del régimen de transición y por tanto con fundamento en lo señalado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, era que se le debía reconocer la pensión de vejez. Con el objeto de determinar si procede o no, se entrara a analizar si la demandante acreditaba o no el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición y para mantener el mismo hasta su desmonte definitivo (31 de diciembre de 2014).

Sobre el particular resulta pertinente recordar que el **artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, contempló el régimen de transición, señalando en lo pertinente lo siguiente *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”*

Con posterioridad, el **acto legislativo 01 de 2005**, estableció que *“(…) Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones”, determinándose en el párrafo transitorio No. 4, que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para los que estando en dicho régimen tuvieran 750 semanas*

cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del acto legislativo, esto es, al 22 de julio de 2005, a quienes se les mantendría el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014.

Precisando lo anterior y dado que la demandante nació el 24 de julio de 1956, se tiene que la misma tenía 35 años para la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1° de abril de 1994), por lo que en principio era beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, la misma cumpliría los 55 años de edad hasta el 24 de julio de 2011 (edad exigida en la normatividad anterior **Art. 12 Dto. 758/90**), por lo que para dicha data era necesario establecer si la actora aún conservaba el derecho al régimen de transición.

Con el objeto anterior, debía verificarse si la demandante contaba con 750 semanas cotizadas para el 22 de julio de 2005, pues ello era lo que le daba derecho a conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, según se extrae de las normas citadas en precedencia.

Descendiendo en el análisis se tiene que revisado el reporte de semanas cotizadas que fue allegado por Colpensiones (actualizado al 19 de noviembre de 2020)¹, es posible establecer que la demandante entre el 2 de noviembre de 1979 y el 31 de agosto de 1999, cotizó un total de *554.86 semanas*, por lo que es claro, que estas no resultaran suficientes para poder conservar el régimen de

¹ Documento 25 del Expediente Digital (Anexo 3 de la Contestación de la demanda)

transición hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que no era posible acceder a lo solicitado de forma principal por la demandante.

Ahora bien, respecto de la pretensión subsidiaria presentada por la actora, 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 las reglas del Sistema General de Seguridad Social en pensiones no se aplica a “(...) *los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración* por lo que en los términos de dicha norma, se tiene que las asignaciones o prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, debiéndose tener en cuenta que en todo caso como el desmonte de los regímenes exceptuados se estableció para el 31 de julio de 2010, conforme se indicó en el parágrafo transitorio 2 del acto legislativo 01 de 2005, advirtiéndose que en el caso del demandante su prestación de jubilación fue reconocida antes del desmonte de los

regímenes exceptuados, se colige con claridad que la pensión reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no hace parte del Sistema General de Pensiones, pues se trataba de una pensión reconocida en un régimen exceptuado.

Al respecto conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido ocasión de pronunciarse en sentencia de radicación No. 40848 de 2011² para definir que *“los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja la pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*.

En la misma providencia, dijo la Corte, que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar a los docentes cuando estos presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, tales servidores son afiliados forzosos de régimen de prima media con prestación definida, criterio que había

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego. “A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, (...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios “Salesiano San Medardo”, desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y “La Presentación” desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión”.

sido expuesto por la referida Corporación en sentencia de radicación No. 28164 del 19 de junio de 2008.

De lo dicho por la Corte, concluye esta sala de Decisión, que la obligación de realizar aportes al Sistema Pensional en situaciones como la que nos ocupa, tiene como consecuencia necesaria y natural el acceso del afiliado a las prestaciones que de ellos se deriven, cuando la Ley dispone expresamente la compatibilidad de prestaciones y siempre y cuando, el pago de tales prestaciones no trasgreda la prohibición del artículo 128 de la C.P. por devengar doble asignación del tesoro público.

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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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 los aportes efectuados por el demandante al ISS hoy Colpensiones obedecieron a servicios prestados de forma interrumpida a instituciones educativas de carácter privado y con empleadores particulares, como se señaló por el a quo y se establece en el reporte de semanas cotizadas que fue allegado, los que no tuvieron incidencia alguna para el reconocimiento de las asignaciones pensionales a cargo del FOMAG, se tiene que si es viable analizar la prestación que se reclama al ser compatible con la pensión de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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 554.86 semanas y cumplió los 55 años de edad³, el 24° de julio de 2011, se tiene que le faltarían más de 14 años de cotizaciones para obtener la pensión, siendo incuestionable la imposibilidad de continuar cotizando que presento la actora, 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 formula: **$I = SBC \times SC \times PPC$** 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 separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte

³ 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.)

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 ilustrar las operaciones aritméticas efectuadas en aplicación de la formula antes mencionada, destacando que para ello se solicitó al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, procediera a calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) de la demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2011 (año en que cumplió los 55 años de edad), para obtener el valor de la indemnización sustitutiva, la cual arrojó la siguiente cifra:

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1979	60	0,560	73,450	131,161	\$ 5.693,50	\$ 746.764,00	\$ 1.493.528,00
1980	89	0,720	73,450	102,014	\$ 5.790,00	\$ 590.660,00	\$ 1.752.291,00
1981	331	0,900	73,450	81,611	\$ 7.334,59	\$ 598.584,00	\$ 6.604.377,00
1982	364	1,140	73,450	64,430	\$ 7.387,91	\$ 476.002,00	\$ 5.775.491,00
1984	277	1,650	73,450	44,515	\$ 17.533,10	\$ 780.489,00	\$ 7.206.515,00
1985	285	1,950	73,450	37,667	\$ 21.044,21	\$ 792.665,00	\$ 7.530.318,00
1986	227	2,380	73,450	30,861	\$ 21.231,28	\$ 655.226,00	\$ 4.957.877,00
1987	287	2,880	73,450	25,503	\$ 25.085,23	\$ 639.760,00	\$ 6.120.371,00
1990	242	5,780	73,450	12,708	\$ 60.926,03	\$ 774.224,00	\$ 6.245.407,00
1994	268	14,890	73,450	4,933	\$ 139.576,70	\$ 688.510,00	\$ 6.150.689,00
1995	319	18,250	73,450	4,025	\$ 159.000,00	\$ 639.921,00	\$ 6.804.493,00
1996	329	21,800	73,450	3,369	\$ 340.000,00	\$ 1.145.550,00	\$ 12.562.865,00
1997	331	26,520	73,450	2,770	\$ 408.794,56	\$ 1.132.201,00	\$ 12.491.951,00
1998	292	31,210	73,450	2,353	\$ 330.273,97	\$ 777.271,00	\$ 7.565.438,00
1999	180	36,420	73,450	2,017	\$ 237.000,00	\$ 477.970,00	\$ 2.867.820,00
Total días	3881	Total devengado actualizado a				2011	\$ 96.129.431,00

Semanas Cotizadas S.C.	554,43	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.	\$ 173.384,70
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.	7,130%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a 2011	\$ 6.853.662,00

Teniendo en cuenta la liquidación efectuada, se procederá a modificar la decisión del a quo, en su numeral primero, bajo el entendido que el valor que corresponde a la indemnización sustitutiva asciende a la suma de \$6.853.662,00.

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 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de

Bogotá D.C., el 22 de noviembre de 2021, bajo el entendido que el valor a reconocer y pagar por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez asciende a la suma de **\$6.853.662** de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

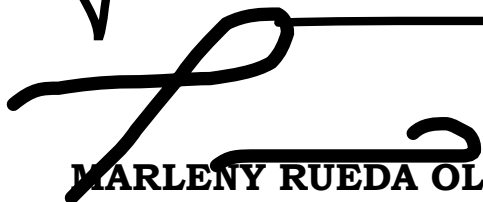
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA ESTHER SALAZAR DÍAZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 016 2019 00084 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 demandada Porvenir S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de mayo de 2022.

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

UGPP, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que la decisión se encuentra totalmente ajustada en derecho, en donde se le absolvió de todas las pretensiones de la demanda, en el entendido que la UGPP no tiene legitimación en la causa por pasiva dentro del presente litigio.

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

conduce a que este acto goce de plena validez. De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss.

I. ANTECEDENTES

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

Sustentó sus pretensiones, en que en el año 1982 empezó a laborar en el Hospital E.S.E San Antonio de Pitalito Huila, realizando las cotizaciones de pensiones en Cajanal. Posteriormente, ingresó a laborar en la E.S.E Manuel Castro Tovar de Pitalito Huila en donde firmó formulario de afiliación a Porvenir S.A. y una funcionaria de recursos humanos llenó dicho documento como si fuera afiliación por primera vez, sin percatarse que era un traslado de Régimen. El día 19 de marzo de 2002 se hizo efectiva la afiliación en el Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13 literal b, 114 de la Ley 100 de 1993; el artículo 74 y s.s. del C.P.T.S.S; artículo 15 del Decreto 656 de 1994; la Ley 1328 de 2009; sentencias SL radicado 33916 expediente 31989, 31314, 31988 de 2008, SL radicado 33803 de 2011, SL radicado 46292, 5522 de 2014, SL17595 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que a la fecha la afiliación efectuada por el demandante en la AFP Porvenir tiene plena validez, por lo que efectuar el traslado de sus aportes y aceptarlos, generaría descapitalización para Colpensiones. De igual forma debe tenerse en cuenta que son los fondos privados, quienes cuentan con la facultad para determinar la anulación de la afiliación, por lo tanto para poder aceptar el traslado y vinculación de la demandante a Colpensiones, ésta debe contar con el análisis y aprobación del traslado por parte de la entidad privada a la cual se encuentra afiliada actualmente, previo al cumplimiento de los requisitos legales para poder acceder al traslado solicitado. Propuso entre otras las excepciones de falta de integración del litisconsorcio necesario, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación – documento público- en el que se observa la declaración escrita del año 2000, a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Preciso es mencionar que, siempre se le garantizó el derecho de retracto, como lo dispuso inicialmente el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 33800 del mismo año, ya que el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de mayo de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por MARÍA ESTHER SALAZAR DÍAZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la demandante, en la suma de un millón de pesos m/cte (\$1.000.000).

SEXTO: ABSOLVER a la demandada UGPP de todas las pretensiones elevadas en la demanda.

SÉPTIMO: REMITIR copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que existe la obligación de la AFP de brindar la información a los posibles afiliados y esta debe ser clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, el cual es aplicable sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, dado que la violación del deber de información se predica frente la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación respecto a que el traslado fue eficaz y válido, 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 ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con Porvenir S.A. es eficaz y en ese sentido para la reclamación en el presente proceso se encuentra prescrito. El formulario de afiliación suscrito por la parte demandante es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del Código del Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social que además contiene la declaración que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del Código General del Proceso. Frente al deber de información, la demandante en el interrogatorio manifestó que le fue otorgado el formulario de afiliación y que lo firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones, que no le surgieron dudas y no presentó inconformidad. Para el momento en que se surtió la afiliación solamente la norma permitía o exigía a las AFP la suscripción del formulario de afiliación, por esta razón se desconocen instituciones primarias de un Estado Social de Derecho como lo son la validez y los efectos de los actos jurídicos. Ahora bien, respecto a la devolución de los gastos de administración no se puede desconocer que Porvenir S.A. realizó administración de los recursos que le fueron encomendados y estos los realizó de buena fe, estos gastos no se pueden trasladar ya que se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad Colpensiones aduciendo a la prescripción de que trata el artículo 151 del Código del Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. En este orden de ideas los gastos de administración y primas de seguros al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados, en ninguno de los dos regímenes pensionales, no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en cuanto a que solicita se agregue que sólo podrá dar cumplimiento a la orden

de hacer en tanto la AFP Porvenir S.A. cumpla con su carga de traslado de recursos correspondientes. Ahora bien, se solicita revocar la decisión respecto de la condena en costas puesto que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y éstas resultarían desproporcionadas en tanto no tuvo nada que ver en el negocio jurídico, esto es, el cambio de régimen pensional o con el formulario de afiliación o con la decisión que eventualmente se tomó del traslado de régimen.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 19 de marzo de 2002.

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

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

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.”

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una

empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARTHA LUCIA
GOMEZ ALZATE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES - COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 017 2019 00356 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre 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 Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16
de septiembre de 2021

En esta instancia se presentaron los alegatos de conclusión por la apoderada de Colpensiones, quien manifestó, que si bien el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, establece la posibilidad de pagar intereses de mora de las mesadas pensionales reconocidas que no se hayan pagado a tiempo, dicha situación no se adecuada al caso en estudio, teniendo en cuenta que, una vez reconocida la prestación, se procedió a su inclusión en nómina y pago de la misma.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declarará que tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, con ocasión de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 1 de junio de 2018, así como se condene al pago de costas y agencias en derecho y a lo que ultra y extra petita hubiere lugar.

En sustento de sus pretensiones manifestó que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 1 de agosto de 2017, bajo los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993; que mediante Resolución No. SUB 2564 del 6 de enero de 2018, Colpensiones, negó la prestación pensional reclamada, con el argumento de que no cumplía con las semanas mínimas; que contra la decisión presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación el 22 de enero de 2018; que mediante Resolución No. SUB 90370 del 6 de abril de 2018, Colpensiones, confirmo la resolución inicial y mediante Resolución No. DIR 7490 del 18 de abril de 2018, concede la pensión a partir del 1 de junio de 2017 en cuantía inicial de

\$2.675.372; que el 9 de mayo de 2018, solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios respecto de la prestación concedida, solicitud que fue negada mediante Resolución No. DIR 10035 del 24 de mayo de 2018.

Como fundamento normativo, citó el artículo 36 y 141 de la Ley 100 de 1993, el artículo 44 y s.s., del Código Contencioso Administrativo, el artículo 48 del Decreto 975 del 2004, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, así mismo, trajo a colación la sentencia de la CSJ – Sala Laboral No. 42783 del 13 de junio de 2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda refiriendo que por mandato legal era procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, cuando existía mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales ya reconocidas, sin hacer extensiva la mora en el reconocimiento de la prestación, de igual forma, indicó que pese a que la demandante alega haber cumplido los requisitos para obtener la pensión de vejez, es importante señalar que las figuras de causación y disfrute, son fenómenos diferentes con efectos propios, por lo que con fundamento en la Ley 797 de 2003, la prestación se hizo efectiva a partir del 1 de junio de 2017, con ingreso en nómina del 1 de junio de 2018.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: no configuración del derecho al pago de intereses moratorios,

prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de septiembre de 2021, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por COLPENSIONES, según las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reconocer y pagar a la demandante, señora MARTHA LUCIA GÓMEZ ALZATE identificada con la C.C. 41.892.534, la suma de \$6'023.322 a título de intereses moratorios, respecto de las mesadas causadas a su favor y que o fueron cubiertas oportunamente, lo anterior según las consideraciones precedentes.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la entidad demandada. Se dispone que por secretaría se practique la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$600.000 M/Cte.

CUARTO: SE DISPONE LA CONSULTA a favor de COLPENSIONES, remítase el expediente al Superior.

Las partes quedan notificadas en estrados.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que COLPENSIONES inicialmente negó el derecho a pensión de la demandante (Resoluciones SUB 2564 del 6 de enero de 2018), que posteriormente, Colpensiones mediante Resolución No. DIR 7490 del 18 de abril de 2018, al desatar los recursos presentados por la actora, reconoce pensión de vejez, a partir del 1 de junio de 2017, por lo que señaló, que en efecto la entidad incurrió en mora en el pago de las mesadas pensionales causadas, por el término de 8 meses.

Así indicó, que se accedería al reconocimiento de los intereses moratorios reclamados, por el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 2017 al 31 de agosto de 2018, por cuanto la solicitud de reconocimiento pensional se presentó el 1 de agosto de 2017 y atendiendo lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es decir, 4 meses después de radicada la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez y hasta el día anterior a que a la actora le fuera pagado el retroactivo pensional adeudado.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 – *grado jurisdiccional de consulta* - del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, respecto de la entidad demandada la Sala examinará si al demandante, le asiste derecho al pago de los intereses moratorios por la tardanza en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos que impuso el *a quo*.

En esta instancia, no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que a la demandante Martha Lucia Gómez Álzate, le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución No. DIR 7490 del 18 de abril de 2018¹, a partir del 1 de junio de 2017, en cuantía inicial de \$2.675.372, para ser pagada con la inclusión en nómina del mes de junio de 2018, igualmente que se reconoció el retroactivo por valor de \$28.957.656, reconocimiento efectuado bajo lo normado por la Ley 100 de 1993, y ii) que mediante Resolución No.

¹ Pág. 36 a 44 del Expediente Digital

DIR 10035 del 24 de mayo de 2018, se negaron los intereses moratorios solicitados en petición realizada el 9 de mayo del mismo año.

Determinado lo anterior, se tiene que el *artículo 141 de la Ley 100 de 1993*, prevé que en caso en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales la entidad reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

Para el efecto, conviene recordar que, tratándose de intereses moratorios, la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4300-2021 radicación No. 87641, del 27 de agosto de 2021, indicó:

“Esta Corte, en sentencia CSJ SL14528 - 2014, recordó que conforme a la doctrina tradicional de esta Sala², los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones –dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio–.

En ese mismo sentido, baste traer a colación los siguientes argumentos expuestos en la providencia CSJ SL 3130-2020: i) su naturaleza es resarcitoria y no sancionatoria, en consecuencia, la actuación de buena o mala fe no es relevante para su interposición; ii) buscan reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, y iii) existen salvedades que exoneran de su imposición, siempre y cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales. En la sentencia se razonó:

[...] como se dijo en la sentencia de la Corte Constitucional C-601 de 2000, así como en la reciente sentencia de esta corporación CSJ SL1681-2020, la finalidad de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es simplemente la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía

² Ver CSJ SL, 23 sept. 2002, rad. 18512

prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar «[...] el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones [...]»

Por ello, esta corporación ha dicho que esa imperiosa obligación, así como las sanciones derivadas de su incumplimiento, en este caso los intereses moratorios, encuentran un importante fundamento en el hecho de que la «[...] pensión es el ingreso periódico con el que cuentan las personas de la tercera edad, las personas con discapacidad o en estado de indefensión, y los miembros del grupo familiar, para sortear sus necesidades básicas y existenciales», además de que «Dada su conexión con el mínimo vital y existencial y los derechos de grupos especialmente protegidos, la Constitución Política le dispensa un trato especial [...]» (CSJ SL1681-2020).

En paralelo a lo anterior, esta corporación ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios (CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras), de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta del deudor obligado, sino que proceden automáticamente por la mora en el pago efectivo de la obligación.

En la sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21892, se dijo también que los intereses moratorios tenían ese importante designio de hacer justicia a una parte vulnerable de la población cuyo sostenimiento dependía del pago de su pensión. Esto se dijo en la decisión:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagró los intereses moratorios como una fórmula para dar respuesta al retardo en la solución de las mesadas pensionales, con el plausible designio de hacer justicia a un sector de la población que se ofrece vulnerable y que encuentra en la pensión, en la generalidad de los casos, su única fuente de ingresos.

Acusan los intereses moratorios un claro y franco carácter de resarcimiento económico frente a la tardanza en el pago de las pensiones, orientados a impedir que éstas devengan en irrisorias por la notoria pérdida del poder adquisitivo de los signos monetarios.

No cabe duda de que el retardo o mora se erige en el único supuesto fáctico que desencadena los intereses moratorios. Ello significa que éstos se causan desde el momento mismo en que ha ocurrido la tardanza en el cubrimiento de las pensiones.

En esas condiciones, si 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.

Para la Corte, en este punto, no es admisible sostener que el pensionado únicamente sufre un daño económico cuando no recibe suma alguna por concepto de mesada pensional, pues, teniendo en cuenta que la pensión es un derecho íntimamente relacionado con el mínimo vital, además de que su cuantía está fijada legalmente y tiene una relación de correspondencia con los aportes al sistema, todo pago imperfecto, insustancial o incompleto seguirá generando un deterioro cierto, que merece a todas luces una legítima compensación.

Así las cosas, una interpretación teleológica de la norma impone reconocer que los intereses moratorios también proceden en los casos de pago parcial o incompleto de la pensión, pues en este caso el pensionado también sufre un injusto perjuicio, que merece reparación objetiva.

5. Finalmente, para la Corte una interpretación como la que se viene sosteniendo puede generar efectos inconvenientes para el derecho fundamental al mínimo vital de los pensionados, pues puede propiciar que, con la mera discusión de la cuantía del derecho o a partir de pagos simplemente parciales o insustanciales, las entidades administradoras de pensiones se liberen de sus responsabilidades, lo que resulta abiertamente contrario a las finalidades constitucionales de nuestro sistema de pensiones.

Así lo había previsto en algún momento esta corporación cuando, en la sentencia CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512, señaló que:

[...] el legislador previó el pago de intereses moratorios en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción alguna en relación con la clase, fuente u otras calidades de la pensión, siendo irrelevante que el derecho en cuestión hubiese sido controvertido por la parte obligada a su pago. Aceptar lo contrario podría hacer nugatorio el derecho del pensionado a ser resarcido por la mora en el pago de su derecho pensional, pues bastaría que el obligado a su reconocimiento simplemente discuta el derecho en cuestión para que quede eximido de los intereses moratorios.

En ese sentido, para la Corte es preciso subrayar que la obligación constitucional y legal de las entidades administradoras de pensiones no es solo la de pagar de manera oportuna las pensiones de sus afiliados, sino también y fundamentalmente la de pagarlas de manera íntegra, cabal y completa, pues, de lo contrario, se harán merecedoras de la imposición de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

[...]

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

En segundo lugar, que los intereses moratorios sobre saldos o reajustes de la pensión deben liquidarse respecto de las sumas debidas y no pagadas, pero no teniendo como referente la totalidad de la mesada pensional. En este punto es claro el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 en cuanto dispone que la respectiva entidad debe pagar «la obligación a su cargo», que en este caso es el saldo debido, y «sobre el importe de ella», ese decir ese saldo, «la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento que se efectúe el pago.»

(...)»

De conformidad con el precedente citado se tiene que los intereses moratorios, deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del deudor y de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues lo que buscan es reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, no obstante, existen salvedades que exoneran de su imposición cuando se circunscriben a razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido.

Precisado lo anterior, debe aclararse que cuando el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia establecen la procedencia de los intereses moratorios, no debe entenderse como lo sostiene la demandada, esto es, que son procedentes solo cuando ya se ha expedido el acto administrativo de reconocimiento y no se pagan las mesadas pensionales, en la medida en que las mesadas pensionales son accesorias el reconocimiento pensional y el retardo cuyo resarcimiento opera por disposición legal es por el no pago de la obligación a su cargo, que no es otra cosa que el reconocimiento del disfrute de la pensión dado que a partir de allí es que se empiezan a generar las mesadas pensionales.

Así las cosas y toda vez que en efecto, la Ley 100 de 1993, contempla en el inciso 3 del literal e que los fondos reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, se tiene que como la misma, se presentó el 1 de agosto de 2017,

según se observa en la página 6 a 12 del expediente digital y conforme se desprende de las múltiples resoluciones obrante en el expediente administrativo de la actora, los cuatro (4) meses se cumplieron el 30 de noviembre de 2017, por lo que a partir del 1 de diciembre de 2017, empezaban a correr los mismos y toda vez que el reconocimiento integro y completo de la pensión se efectuó con el pago del retroactivo generado a partir del 1° de julio de 2018, el cual sería ingresado a nómina para el periodo 2018-05 que se pagara en el periodo 2018-06, se tiene que los intereses moratorios correrían hasta el 31 de mayo de 2018.

Calculado los intereses moratorios por parte del grupo liquidador del Consejo Superior de la Judicatura, con corte al 31 de mayo de 2018, arroja un valor de \$2.983.419, obtenida de la siguiente manera:

Tabla Liquidación de Intereses Moratorios con					Fecha de Corte		31/05/2018
Mesada Causada	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
nov-17	01/12/17	31/05/18	182	30,66%	0,0733%	\$ 14.278.599,7	\$ 1.904.718,00
dic-17	01/01/18	31/05/18	151	30,66%	0,0733%	\$ 4.759.533,2	\$ 526.763,00
ene-18	01/02/18	31/05/18	120	30,66%	0,0733%	\$ 2.477.099,3	\$ 217.870,00
feb-18	01/03/18	31/05/18	92	30,66%	0,0733%	\$ 2.477.099,3	\$ 167.034,00
mar-18	01/04/18	31/05/18	61	30,66%	0,0733%	\$ 2.477.099,3	\$ 110.751,00
abr-18	01/05/18	31/05/18	31	30,66%	0,0733%	\$ 2.477.099,3	\$ 56.283,00
Total, intereses moratorios							\$ 2.983.419,00

Por todo lo anterior, se **MODIFICA** el numeral segundo del fallo proferido en primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada por concepto de intereses moratorios a partir

del 1 de diciembre de 2018 hasta que se efectúe su pago, la suma de **\$2.983.419** con corte al 31 de mayo de 2018.

Ahora bien, con relación a la excepción de prescripción se advierte que la primera solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez se efectuó el 1 de agosto de 2017, no obstante, le fue reconocida la pensión de vejez a la demandante hasta la resolución No DIR 7490 del 18 de abril de 2018 (Pág. 36 a 44) y la demanda fue presentada el día 17 de mayo de 2019, tal y como consta en el acta de reparto visible a folio 39 (Pág. 57 del Expediente Digital), sin que por tanto haya operado el fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 de CST y el 151 del CPTSS.

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 segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a la demandada por concepto de intereses moratorios de las *mesadas insolutas* causadas a partir del 1 de diciembre de 2018 hasta que se efectúe su pago, la suma de **\$2.983.419**

con corte al 31 de mayo de 2018, conforme a lo expuesto en la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia emitida el 16 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 CLARA ELSY DUQUE RUIZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS
PORVENIR S.A. y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 019 2019 00839 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 demandante y la parte demandada Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de mayo de 2022.

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

COLPENSIONES, argumenta que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional en septiembre de 2000, conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción, en su lugar su decisión de afiliarse a la AFP Administradora DE Pensiones y Cesantías Porvenir SA y Colfondos S.A, fue de manera libre, espontánea y voluntaria.

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

COLFONDOS, argumenta que de conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, debe advertirse que la existencia del deber de asesoría, es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es claro que el deber legal de las administradoras de “poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de traslado”, que en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad de la afiliada.

I. ANTECEDENTES

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

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, desde el año 1985. En septiembre del año 2000, por no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política; los artículos 59 y ss de la Ley 100 de 1993; artículos 1509, 1603 y 1746 del Código Civil; Decreto 3800 de 2003; artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994; sentencias SL No. 31989 de 2008, SL No. 46292 de 2014, SL No. 17595 de 2017, SL No. 55013 de 2018, SL No. 68852 de 2019, SL No. 56174 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que para todos los efectos jurídicos la parte demandante siempre ha estado afiliada al RPM; por cuanto la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que de acuerdo con

los documentos aportados por la demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Debe indicarse que la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de Porvenir S.A con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional. 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 del 10 de mayo de 2022, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora CLARA ELSY DUQUE RUIZ, identificada con C.C N° 51.604.223, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 26 de septiembre del 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante CLARA ELSY DUQUE RUIZ, identificada con C.C N° 51.604.223, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 23 de diciembre de 1985, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., identificada con NIT 800.144.331-3, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLARA ELSY DUQUE RUIZ identificada con C.C N° 51.604.223, como cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a las sentencias SL 1452 de 2019, SL 1688 y 1689 de 2019, SL 5280, 5292 y 5286 de 2021 en cuanto al deber de los Fondos de Pensiones de proporcionar a los posibles afiliados una información que sea completa, teniendo en cuenta el deber de asesoría y buen consejo; respecto a la necesidad de un consentimiento informado es importante que no pueda ser desviado del simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, como lo ha dicho la Corte en fallos 88000 de 2021 y 88555 de 2021.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la Demandante, interpuso recurso de apelación parcial en cuanto a la no condena en costas de las entidades demandadas, teniendo en cuenta que las pretensiones han sido resueltas en su favor y de conformidad con la ley es una condena objetiva, son las entidades demandadas quienes deben pagar estas costas, así lo estipula el artículo 365 del Código General del Proceso.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en cuanto a que se le brindó la información requerida, para el momento de la afiliación, a la demandante. En cuanto a las ventajas y desventajas estas se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento de su afiliación el contenido de la información otorgada por Porvenir S.A en dos oportunidades, de igual manera, como todo consumidor financiero la actora debía actuar con medida de diligencia, la cual como se sabe, era por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba optando y con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar la decisión que estaba tomando se encontraban ya establecidos en normas de común conocimiento. Así mismo Porvenir S.A ha actuado de buena fe objetiva, evitando cualquier falta al deber de información, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen. En lo que respecta al traslado de sumas correspondientes de gastos de administración, dichos montos tienen por mandato legal una destinación específica que, en este caso, se cumplió plenamente el cometido en el periodo en el cual la demandante ha

mantenido su vinculación con el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma que exige la ley y no se encuentran en poder de Porvenir S.A pues son destinadas a cubrir todos los gastos que han implicado la correcta administración de los recursos de la demandante.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que para la fecha de afiliación la normatividad aplicable de la época era la Ley 100 de 1993, y esto era la aceptación espontánea, libre y voluntaria del afiliado para trasladarse de régimen y ésta se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto dio a plenitud según se deriva el formulario de afiliación suscrito por la demandante. Así mismo, cabe resaltar que para la fecha de afiliación no existía la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015 con los cuales nace la obligación de las AFP a la doble asesoría a sus afiliados, así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa y en la oportunidad de interponer recurso sino que exige además el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga. Finalmente, en este asunto el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 22 años por lo que Colpensiones resulta lesionada en cuanto a la afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 26 de septiembre de 2000.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, 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.

Finalmente, en cuanto al reparo realizado por la parte actora en lo relacionado a la no condena en costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso. En consecuencia, se habrá de revocar el numeral quinto de la sentencia de primera instancia para en su lugar condenar en costas a las demandadas.

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 NUMERAL QUINTO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de mayo de 2022, para en su lugar condenar en costas a las demandadas.

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

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FRANCISCO ANTONIO ROJAS VARGAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 110013105 022 2019 00756 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 demandada Porvenir S.A., Skandia S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de julio de 2022.

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

COLPENSIONES, argumenta que el aquí demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la que habla el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal E del artículo 13 de la ley 100 de 1993, prohibición que señaló: “(...) Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión

de vejez”, toda vez que al momento de la presentación de la demanda, él contaba con más de 50 años de edad.

PORVENIR S.A., argumenta que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

MAPFRE S.A., argumenta que el seguro previsional previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 es de naturaleza especial y con una finalidad expresa y concreta en atención al marco normativo de regulación. Y algo evidente, absolutamente innegable en el presente caso: el contrato de seguro previsional estuvo vigente y activo, dispuesto para cubrir el riesgo asegurado si el evento condicional se producía, durante todo el tiempo de vigencia del seguro y así fue, pues el interés asegurable siempre existió o, si se quiere, estuvo vigente.

SKANDIA S.A., argumenta que en lo que respecta a la orden impartida en la sentencia de prima instancia contra ella, en lo referente a devolución de Gastos de Administración, se solicita se revoque este emolumento o concepto dado que tiene una fuente legal, Ley 100 de 1993, artículo 104 autoriza el cobro de las comisiones y gastos de administración y constituye facultades Ultra y Extra Petita.

I. ANTECEDENTES

El señor Francisco Antonio Rojas Vargas, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al régimen de prima media con solidaridad (RPM), hoy administrado por Colpensiones, desde el 16 de abril de 1980 hasta el 30 de abril de 1995. Que a mediados del mes de abril

de 1995 se encontraba trabajando en las oficinas del Banco Comercial Antioqueño (BANCOQUIA), fueron visitados por los asesores de Colfondos S.A quienes en su momento ofrecieron un traslado de fondo de pensiones a cargo de esta entidad, sin brindar una asesoría sobre el futuro pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 13, 25, 48, 53, 58, 335 de la Constitución Política; artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo; artículos 11 y 288 de la Ley 100 de 1993; artículo 1603 de la Ley 57 de 1887; artículo 4 y 83 del C.P.A.C.A; artículo 11 del Decreto 692 de 1994; artículo 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; sentencia SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 17595 de 2017, SL 11385 de 2017, SL 1947 de 2017, SL 782 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el señor Francisco Antonio Rojas Vargas al momento de afiliarse con Skandia, venia de estar afiliado en Colfondos (para el año 1995), en Protección (para el año 2000) y en Porvenir (para los años 2000 y 2010) por ende ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas características y demás componentes de éste régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A., en el año 2000, se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 01483555 –documento público- en el que se observa la declaración

escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993;”. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de afiliación inicial a la AFP o traslado de régimen se realizó de forma libre, espontánea, informada y sin que se viese circundado por algún error, fuerza o dolo, solemnizándose a través de la suscripción del formulario. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, el valor de la futura pensión de vejez no dista entre el RAIS y RPM-PD, nadie está obligado a lo imposible, la negativa de Protección acerca de la ineficacia del traslado de régimen y afiliación a la administradora de pensiones se encuentra precedida de una prohibición legal, Protección S.A. no es la actual administradora de los aportes a pensión del demandante.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual no se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que aunque la afiliación es completamente válida y mi representada 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, mi representada no se opondrá a la ineficacia de 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, siempre y cuando esta decisión no le implique a la sociedad que represento, algún tipo de responsabilidad y se le absuelva de cualquier pretensión accesoria como por ejemplo una eventual condena en costas.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se

le hubiese hecho 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). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, innominada o genérica.

MAPFRE., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que, al realizarse el cambio de AFP, no se produjo un cambio de régimen pensional pues se trató de una mutación en línea horizontal. Vale decir que jurídicamente el aquí actor conservó su estatus; no se trató de un cambio del Régimen de Prima Media con Prestación definida –RPM- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, pues éste ya había operado de tiempo atrás. Propuso entre otras las excepciones de los actos jurídicos de traslado y afiliación al RAIS y los posteriores traslados entre AFP sin implicar cambio de régimen pensional, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el afiliado se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediados y/o determinados por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitos y válidos; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”; legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional; reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor FRANCISCO ANTONIO ROJAS VARGAS con C.C. No. 79.153.040, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 27 de abril de 1995. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA S.A. fondo en el que se encuentran actualmente los fondos del actor, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a las AFP COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de los fondos de pensiones condenados, efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: ABSOLVER de todos y cada uno de los cargos incoados en la demanda a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de acuerdo a lo motivado en el presente proveído.

OCTAVO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho cada una en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, liquídense en su oportunidad.

DÉCIMO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1688 de 2019, SL 3464 de 2019 precisaron que las AFP desde su fundación están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado, de igual forma frente al tema el Artículo 4 de Decreto 656 de 1994 dispuso que en su calidad de Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad las Administradoras son Instituciones de carácter previsional y como tales se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad por lo tanto serán responsables de los perjuicios que por su culpa se puedan ocasionar a los afiliados.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en cuanto a que el despacho no aplica la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandante, toda vez que, le da una interpretación extintiva o prescriptiva de derechos pensionales al artículo 2 de la ley 797 de 2003, lo cual se aleja totalmente de la voluntad del legislador y además voluntad que se puede interpretar directamente de la norma, puesto que la aplicación de la prohibición legal en la cual se encuentra el demandante no prescribe o extingue ningún derecho pensional pues como quiera que el demandante cumpla con los requisitos de ley en uno u otro régimen será pensionado por vejez, en ese sentido considera que las razones de derecho por las cuales la Jueza del despacho no da aplicabilidad a este precedente normativo no da lugar. Por otro lado, respecto del encuadramiento jurisprudencial que decidió seguir el despacho insiste que lo que realmente se alega en el proceso no es la falta del deber de información sino el descontento del demandante con el valor de su mesada pensional y como bien se lee en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia esto no es óbice para decretar la ineficacia, en el entendido que para la época en la que el demandante realizó su primer traslado al RAIS no se podía efectuar una liquidación pensional que le permitiera saber qué mesada le iba a beneficiar más hacia el futuro. Colpensiones tendría que responder por acto jurídico celebrado por tercero, además se le está coartando el derecho a la defensa en el sentido que el régimen legal que lo precede faculta a Colpensiones para no recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida, sin embargo con la decisión del despacho se salta este precepto. De igual manera, respecto a la condena en costas solicita se absuelva.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación respecto a la condena de devolver los gastos de administración y seguro previsional,

en consideración a que no hay lugar a devolver estos rubros toda vez que en el régimen de prima media se destina un porcentaje de la cotización a financiar los gastos de administración, la pensión de invalidez y sobreviviente, esto conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y en un porcentaje del 3%. Es importante precisar que en igual sentido estos dineros no le pertenecen al demandante ni en el régimen de prima media ni en el régimen de ahorro individual, motivo por el cual tampoco está llamado a financiar su pensión de vejez. La Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 15 de enero, manifestó que se debían solamente trasladar cotizaciones y rendimientos que den cuenta de la afiliación al momento de realizarse el traslado tanto de régimen pensional como de fondo. Esta devolución está generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, teniendo en cuenta que no hay una norma legal ni constitucional que disponga tal devolución de los gastos de administración, sumas de prima de aseguramiento o cualquier otro rubro adicional a cotizaciones y rendimientos.

La apoderada de SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial teniendo en cuenta que existen normas como lo es el Decreto 3925 de 2008 artículo 7, que señala de manera taxativa cuáles son esos emolumentos que deben trasladarse en el evento que se proceda a un traslado de recursos entre régimen de ahorro individual al régimen de prima media, y en esa norma no se indica o señala que deba recaer sobre los gastos de administración, todo ello porque se guarda una relación armónica con las disposiciones del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 donde se contempla que éste 3% de los gastos de administración es utilizado debidamente para la administración de los recursos del aquí demandante, lo cual se realizó y se suministró por parte de la AFP por ende dichos rubros no se encuentra en disposición de esta entidad. Ahora bien, si se confirma la devolución de los gastos de administración solicita se declare la prescripción de los mismos teniendo en consideración que son emolumentos de carácter económico y periódico y que no están destinados para cubrir la pensión de vejez del demandante. Frente a la devolución de las primas de seguros previsionales también solicita se absuelva, ya que se acreditó que dichos rubros fueron pagados oportunamente a la aseguradora MAPFRE. Respecto a la indexación sobre cualquier rubro que deba trasladar, se debe tener en cuenta la figura de la compensación ya que al ordenar la devolución de los

rendimientos más la indexación se estaría generando doble sanción por un mismo hecho, esto generaría un enriquecimiento sin justa causa.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A, el 27 de abril de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

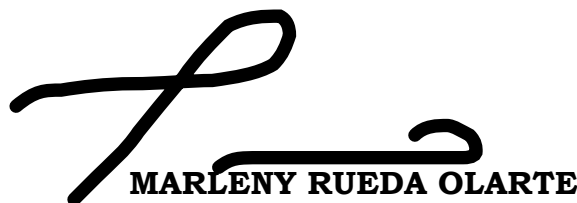
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA
GLADYS RIOS VARGAS CONTRA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 022 2020 00049 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre 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 los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de agosto de 2021.

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

Por su parte COLPENSIONES, manifestó que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la parte demandante, por cinco razones, i) la demandante se encuentra en la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; ii) no obra prueba que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; iii) la carga de la prueba a de recaer sobre el demandante y no la demandada; iv) el deber de información de los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado; y v) la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

PORVENIR S.A., argumentó que tanto el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como su afiliación a la AFP Porvenir S.A., se realizó de manera libre, voluntaria y consciente. Lo anterior, tal y como se lee del formulario de afiliación y cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de libertad de afiliación. Así mismo, no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la

demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP Porvenir S.A se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían.

I.ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 10 de septiembre de 1962, que estuvo afiliada en pensiones al extinto ISS, en donde cotizó desde el 1 de agosto de 1983 hasta el 1 de enero de 1998; que posteriormente, se afilio en pensiona a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., mediante formulario del 26 de enero de 1998; que solicito ante las demandadas anular su afiliación al RAIS, siendo negado por las mismas; que de acuerdo a la proyección pensional generada por la AFP la mesada pensión de vejez correspondería a la suma de \$828.166 y conforme la proyección pensional de Colpensiones correspondería a la suma de \$1.622.550; finalmente, que mediante escrito del 16 de octubre de 2019, solicitó a Colpensiones a través de apoderado judicial tenerla como afiliada al RPM, de acuerdo a lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, siendo

negada a través de oficio BZ2019-14027216-3051912 del 17 de octubre de 2019.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97, numeral 1 y 98 numeral 4 del Decreto 663 de 1993, artículo 4 del Decreto 656 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994.

II.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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 a la demandante se le hubieses 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).

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 de pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación efectuada por la actora fue producto de una decisión libre, espontánea y completamente informada, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente.

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.

III.DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: - DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por BLANCA GLADYS RIOS VARGAS CC. 39.614.550 al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido 26 de enero de 1998 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliada BLANCA GLADYS RIOS VARGAS CC. 39.614.550 a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, debidamente indexado, conforme quedaron explicado en esta providencia

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A a la suma de \$1 SMLMV

QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSÚLTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia han defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad implica dar a conocerlas diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, señaló que en cuanto al simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación se ha dicho que no es suficiente para demostrar ese deber de información, resaltó que la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones.

IV.RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia proferida en primera instancia al considerar que de conformidad con la Corte Suprema de Justicia que establece que la inversión de la carga de la prueba no opera de forma automática, sino que deben analizarse los supuestos fácticos de caso en particular en las cuales se encuentra operando la negación indefinida, sin que en la decisión así hubiese ocurrido; así mismo, adujo que para la fecha de 1998 no se debía dejar ningún soporte documental ni de ninguna otra índole de la información que se suministraba de forma verbal al afiliado; por otro lado precisó que en caso de ser confirmada la

sentencia de instancia se revoque la condena consistente en la devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que son unos rendimientos que se generaron por la buena administración de la Entidad que favorecieron el capital de la demandante, sin que se pueda dejar de lado lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y el Concepto de la Superintendencia Financiera del año 2020, que ha determinado que son emolumentos que no financian la pensión de vejez.

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, para que se revoque la decisión, la considerar que la demandante es quien tiene la carga de demostrar sus supuestos de hechos, y sin que ello, hubiere así quedado acreditado; adicionalmente, y puntualizó, que la condena en costas y agencias en derecho, representa para el Fondo un detrimento patrimonial.

I. 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.

II. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A., el 26 de enero de 1998 (Pág. 95 archivo 06 expediente digital).

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 a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, aspectos de los que tampoco dan cuenta los demás documentos allegados y tampoco es factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y del seguro previsional, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la

afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias 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 último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

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:

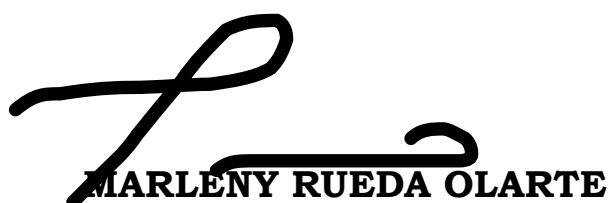
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por CARLOS JULIO
BERDUGO SILVA contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A. y LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO**

RADICADO: 11001 3105 027 2019 00088 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre 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 el apoderado del demandante y la apoderada de Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el 17 de septiembre de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de la parte demandante, quien enfiló la objeción de la sentencia de primera instancia en contra de los numerales tercero y quinto, señalando frente al primero de ellos, que el reconocimiento de la pensión de vejez de salario mínimo debe efectuarse una vez se compense el valor de la suma a reintegrar a la Administradora, en el entendido de que esta, trae consigo la posibilidad de causar en forma periódica las mesadas pensionales a favor del señor CARLOS JULIO BERDUGO SILVA y hasta cuando la AFP compense el 100% de los \$98.679.445, momento a partir del cual la AFP puede activar la mesada en la nómina normalizando la prestación, puesto que la decisión en la forma como se adoptó constituye un contrasentido a la luz de la naturaleza jurídica del derecho irrenunciable a la pensión de vejez.

En lo concerniente al numeral quinto, señaló que la falladora debió abordar la discusión de la responsabilidad de la AFP PORVENIR S.A., ya que tal situación tenía como génesis una sentencia de tutela que en todo momento fue desconocida por los funcionarios de la administradora de pensiones, frustrando con su actuar el derecho pensional del afiliado. Por último, solicitó desestimar los argumentos de apelación de la AFP Porvenir S.A., por cuanto afirmó que el actor acreditó los requisitos para acceder a la garantía de la pensión mínima, según la literalidad de los artículos 64, 65, 66, 67 y 68 de la Ley 100 de 1993.

A su turno, el apoderado de la AFP Porvenir S.A., expuso en sus alegaciones, que para la fecha en que el actor cumplió

la edad de 62 años no contaba con las 1150 semanas para obtener el derecho pensional reclamado, y que, en caso de ser confirmada la decisión emitida en primera instancia, el dinero entregado al demandante por devolución de saldos debe ser reintegrado, ya que al no hacerlo se prohijaría un enriquecimiento sin justa causa.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se ordenara el reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima prevista en los artículos 65 a 68 de la Ley 100 de 1993, y para el efecto, se condenara al pago del retroactivo pensional a partir del 2 de julio de 2016, a la suma de \$98.679.445 a título de daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales, indexación de las mesadas adeudadas, a todo aquello que se demuestre conforme las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que nació el 2 de julio de 1954; que durante toda su vida laboral cotizó 1.218 semanas; que la demandada lo orientó para que solicitara la devolución de saldos, indicando que no acumulaba el capital mínimo requerido y tampoco las 1.150 semanas necesarias para optar por la garantía de pensión mínima; que a través de fallo de tutela de segunda instancia emitido por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá se ordenó a la AFP corregir y actualizar su historia laboral, sin que la demandada diera cumplimiento; que la AFP efectuó la devolución de saldos por la suma de \$98.679.445; y que

posteriormente, se le solicito reintegrar la suma entregada a efectos de que tramitara nuevamente la pensión de vejez haciendo uso de la garantía de pensión mínima.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 48, 53, 58 y 335 de la Constitución Política de Colombia, así como los artículos 13 y 20 del C.S.T. y S.S., los artículos 65, 66 y 67 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, Ley 795 de 2010, entre otras, y trajo a colación la sentencia C-1008/2010.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir Pensiones y Cesantías S.A., contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, con sustento en que el demandante no cotizó el mínimo de 1.150 semanas para que se le reconozca una garantía de pensión mínima de vejez en los términos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 832 de 1996, así mismo, manifestó que la garantía de la pensión mínima no se reconoce a partir de los 62 años de edad en caso de los hombres sino a partir del momento en que el Ministerio de Hacienda reconoce el auxilio estatal; además de ello, señaló que el saldo de la cuenta del afiliado se encuentra en ceros dado que el 3 de enero de 2018 se efectuó la devolución de todo el saldo incluyendo el bono pensional por valor de \$98.679.445.

Por su parte, la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contesto oponiéndose a las pretensiones. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en cuanto que por disposición legal (Decreto 4712 de 2008, modificado

por el Decreto 192 de 2015), la oficina responde UNICAMENTE por la Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones, lo que los lleva a concluir que la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no está facultada legalmente para pronunciarse respecto de la solicitud de pensión de vejez.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de septiembre 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el señor CARLOS JULIO BERDUGO SILVA le asiste derecho a la garantía de pensión mínima de vejez establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reconocer y pagar al señor CARLOS JULIO BERDUGO SILVA la garantía de pensión mínima de vejez establecida en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de julio de 2016, y por 13 mesadas anuales.

TERCERO: CODENAR a la AFP PORVENIR S.A. a pagar al demandante CARLOS JULIO BERDUGO SILVA, la suma de **\$54.017.807**, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1° de julio de 2016 al 31 de agosto de 2021, previo reintegro por parte del actor del pago que le realizó PORVENIR S.A. por concepto de devolución de saldos en suma de \$98.679.445, valor que constituye el capital para financiar la pensión reconocida. No obstante, lo anterior, se autoriza a la AFP PORVENIR S.A. para que del retroactivo pensional efectúe los descuentos legales para el sistema general de seguridad social en salud.

La suma correspondiente al retroactivo pensional deberá ser indexada, en vista de la pérdida del poder adquisitivo de la misma, tal como se indicó en la parte motiva.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la AFP PORVENIR S.A.; y **DECLARAR PROBADA** la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de “LA NACIÓN – MINISTERIO

DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO”, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

Como fundamento de su decisión argumentó que el actor consolidó el derecho a la pensión de garantía mínima de vejez establecida en el artículo 65 de la Ley 65 de 100 de 1993, conforme la documental aportada al plenario, de la cual extrajo que el señor Berdugo Silva contaba con un total de 1.216 semanas cotizadas, al incluir las semanas que fueron ordenadas se corrieran y actualizaran en la historia laboral a través de fallo de tutela emitido por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, esto es, las 83.14 semanas, de las cuales precisó no debían ser objeto de nuevo estudio o valoración al ser cantidades determinadas o hechos reconocidos por las partes, y por cuanto, para la fecha de la decisión el demandante ya contaba con 67 años de edad.

Adicionalmente, precisó que el pago del retroactivo, se efectuaría previo el reintegro por parte del actor del pago que la AFP Provenir S.A. entregó a este por concepto de devolución de saldos en la suma de \$98.679.445, atendiendo a que este constituía el capital de financiación de la pensión reconocida. Finalmente, expuso que el actor no logró acreditar la causación de los perjuicios morales y materiales solicitados, encontrándose la carga probatoria de ello a su cargo (SL1473-2017, SL18360-2017 y SL10194-2017).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, sustentó el recurso de apelación presentado en contra de los numerales tercero y quinto de la decisión, así: frente al numeral tercero, manifestó que dado que el reconocimiento pensional trae consigo la causación periódica de mesadas, no hay lugar a que el pago de la prestación pensional se dé una vez se efectúe el reintegro del dinero entregado al actor por concepto de devolución de saldo de aportes, puesto que este no cuenta con el mismo, sino que al haberse alegado la excepción de compensación por parte de la demandada, se de aplicación a la misma y una vez se compense se dé el disfrute de la prestación; así mismo, planteó su inconformidad frente al numeral quinto, por cuanto manifestó que la responsabilidad civil y comercial de la AFP se demostró con el mal obrar de aquella, por su impericia, falta de análisis y desatención al fallo de tutela emitido, generó la desafortunada situación en la que dejó al actor sin la prestación pensional y recibiendo el valor de la devolución de saldos de aportes.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A., sustentó el recurso frente a la totalidad de la decisión, señalando que la falladora de primera instancia incurre en una apreciación equivocada de las documentales obrantes en el proceso, ello respecto de la relación de aportes, puesto que, afirma que el actor cuenta con tan solo 1.039 semanas y no con más de las 1.150 semanas requeridas, indicó que el hecho de que se hubiera ordenado una actualización en la historia laboral, no

quería decir que procediera el reconocimiento pensional solicitado; manifestó que debía verificarse igualmente, la fecha a partir de la cual se está ordenando reconocer la prestación, así como el monto de la misma, ya que para el año 2017, fecha en que se solicitó la pensión no cumplía con las condiciones, es decir, no tenía las semanas ni la edad, y por cuanto las sumas liquidadas se encuentran equivocadas; finalmente, refirió que no pueden existir condenas en costas procesales y perjuicios, ya que la sociedad entregó al demandante todos los dineros que se encontraban en su cuenta de ahorro individual por concepto de devolución de saldos.

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 en el presente asunto el actor reúne los requisitos para la garantía de pensión mínima prevista en el art. 65 de la Ley 100 de 1993, y en tal sentido, si la administradora de fondos de pensiones debe reconocerle la prestación pensional reclamada, retroactivo, perjuicios materiales y morales, costas y agencias en derecho.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, encuentra la Sala que son aplicables los artículos 65, 66, 67 y 68 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el demandante se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En ese orden, el primer articulado, consagra la garantía de pensión mínima y establece que los afiliados que a los **62 años de edad si son hombres y 57 años de edad si son mujeres**, que no hubieren alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley General de Seguridad Social, y hubiesen cotizado **por lo menos 1.150 semanas**, tienen derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del *principio de solidaridad*, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión, en una cuantía equivalente al salario mínimo.

Seguidamente, el artículo 66 prevé que quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, **tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional**, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.

Por su parte, el artículo 67 establece que los bonos pensionales sólo podrán hacerse efectivos y son exigibles, **a partir de la fecha en la que se cumplan las edades previstas en el artículo 65 anterior**, para acceder a la pensión, esto es, 62 años de edad si son hombres y 57 años de edad si son mujeres.

Y, por último, el artículo 68 preciso que las pensiones de vejez **se financiarán con los recursos de las cuentas de**

ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar, y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima.

Bajo los presupuestos legales citados y verificado el asunto, advierte la Sala que el demandante nació el 2 de julio de 1.954, por lo que cumplió los 62 años, el mismo día y mes de 2016 (Pág. 28, documento 01, expediente digital), cumpliendo así con el primer requisito exigido; ahora, frente al segundo requisito, y al verificar la Historia Laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 6 de agosto de 2019 (Pág. 200-201, documento 01, expediente digital), se registra que el afiliado entre el 30 de abril de 1977 y el 30 de junio de 1999, cotizó **1.047,14** semanas en el Régimen de Prima Media, y la Historia Laboral emitida por la AFP Porvenir S.A. (Pág. 225 a 226, documento 01, expediente digital), se registra que el señor Berdugo entre julio de 1999 y junio de 2016, cotizó **83,14** semanas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, finalmente, y al contabilizar las **85.8** semanas que corresponden al período entre el 1 de marzo de 2006 al 31 de octubre de 2007, el cual se encuentra en mora por parte del empleador Seguridad Jaicor Ltda, y que fue ordenado corregir y actualizar en la historia laboral del actor a través de fallo de tutela emitido por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, período que efectivamente, no puede ser objeto de discusión dentro del presente asunto al ser un hecho ya definido, se concluye que el demandante tiene un total de **1.216 semanas** como lo estableció la a quo, de manera que el afiliado si reúne las

condiciones previstas en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la prestación pensional que consagra dicha norma, en la medida que acredita más de las 1.150 semanas de cotización requeridas.

Ahora bien, el reconocimiento de la prestación será a partir del día siguiente a la última cotización, es decir, el 1 de julio de 2016 y por 13 mesadas, conforme lo determinó la juez de primera instancia; y en tal sentido, se solicitó el apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, quien procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor del retroactivo pensional generado a partir del *1 de julio de 2016 al 31 de octubre de 2022*, conforme los cálculos efectuados, y las que se sigan causando, así:

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N° Mesadas	Subtotal
01/07/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.455,00	7,00	\$ 4.826.185,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	13,00	\$ 9.590.321,0
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	13,00	\$ 10.156.146,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	13,00	\$ 10.765.508,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	13,00	\$ 11.411.439,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 908.526,00	13,00	\$ 11.810.838,0
01/01/22	31/10/22	5,62%	\$ 1.000.000,00	10,00	\$ 10.000.000,0
Total retroactivo				\$ 68.560.437,00	

Destacándose, que dicha suma deberá ser indexada a la fecha de pago, en vista de la perdida del poder adquisitivo de la misma; así mismo se autorizara a la demandada a descontar los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, generados desde el momento en que se causó la mentada prestación económica, de conformidad con lo

previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Partiendo de lo anterior, debe señalarse entonces que esta Corporación comparte los argumentos esgrimidos por el apoderado de la parte demandante en la alzada, en lo referente a que, si bien hay lugar a que el demandante reintegre los dineros que por concepto de devolución de saldos le fueron entregados, esto es, la suma de \$98.679.445, no es menos cierto, que es viable la compensación de dicha suma, como se solicitó por la administradora de pensiones al proponer la respectiva excepción, por lo que se autorizará tal compensación para que se descuente con cargo al valor entregado al demandante, el valor de la condena impuesta por concepto de retroactivo pensional con corte al mes de octubre de 2022, es decir, la suma de \$68.560.437 debidamente indexada con la fórmula que para el efecto ha establecido la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El valor restante a devolver por parte del señor Carlos Julio Berdugo Silva, se compensará con las mesadas que se causen a partir del mes de Noviembre de 2022 hasta completar el valor de \$98.679.445, momento a partir del cual se continuara pagando la mesada pensional al actor, tal como lo solicita en su recurso de apelación.

Así las cosas, se procederá a modificar el numeral tercero y adicionar el numeral cuarto de la decisión de primera instancia en el sentido de autorizar el descuento del retroactivo indexado y declarar parcialmente probada la

excepción denominada compensación.

Finalmente, en lo referente a la condena de perjuicios materiales correspondientes al daño emergente, lucro cesante consolidado y futuro, así como perjuicios morales objetivados y subjetivados; se evidencia, que el demandante no hizo una razonable tasación debidamente soportada, para justipreciar los perjuicios que reclama en su demanda, pues solicita de manera abstracta los mismos, sin indicar cuales fueron los que en su parecer fueron causados; adicionalmente, cabe destacar que si bien el actor efectivamente es beneficiario de la garantía de pensión mínima, no lo es menos, que la demandada en su momento realizó la devolución de saldos al actor, por lo que este no quedo desprotegido y se le garantizo con ello su manutención, resaltando que incluso, en caso de haberse percibido desde un inicio la pensión de vejez, el retroactivo resulta a la fecha inferior al valor entregado por concepto de devolución de saldos, por lo que se confirmará la decisión tomada al respecto por parte de la juzgadora de primera instancia.

En las dos instancias se condenará en costas a la demandada AFP Porvenir S.A.

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 TERCERO de la sentencia proferida por el Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., de fecha 17 de septiembre de 2021, en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a pagar al demandante CARLOS JULIO BERDUGO SILVA, la suma de \$68.560.437, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1° de julio de 2016 al 31 de octubre de 2022, debidamente indexada como se indicó en la parte motiva.

AUTORIZAR a la administradora de pensiones a descontar del retroactivo pensional las sumas que corresponden a los aportes de salud a cargo de los pensionados, así como el valor restante a título de reintegro de la suma que le fue pagada por concepto de devolución de saldos; en la forma dispuesta en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida por el Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., de fecha 17 de septiembre de 2021, en el sentido de **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la *excepción propuesta por la AFP PORVENIR S.A. denominada COMPENSACIÓN, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.*

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida por el Segundo Laboral del Circuito Transitorio de

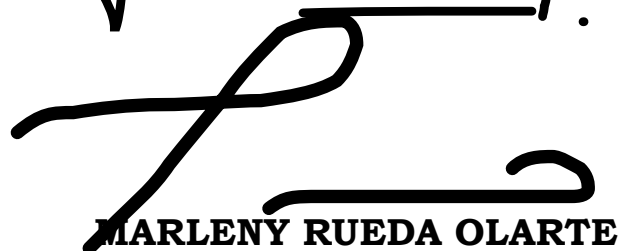
Bogotá D.C., de fecha 17 de septiembre de 2021, atendiendo las razones expuestas en la presente decisión.

CUARTO: COSTAS en las dos instancias a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A.

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 NUBIA MIREYA PEÑA ENRIQUE contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 027 2020 00334 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 los apoderados de la parte Porvenir 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 6 de julio de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esta en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza, dolor), así como también se encuentra frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del actor jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir por no tratarse de un error dirimente o error nulidad.

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

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la vinculación que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación.

Sustento sus pretensiones, en que estuvo afiliada y realizo cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales desde enero de 1993 hasta el mes de agosto de 1994; que se traslado en el mes de septiembre de 1994 para el fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el artículo 1746 del C.C y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con los radicados números 55050 del 2015, 46292 del 2014, 33083 del 2011, 31989 de 2008, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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 a 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). 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada.

El 25 de marzo de 2022, el Juzgado de conocimiento mediante auto dio por no contestada la demanda por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 6 de julio de 2022, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora NUBIA MIREYA PEÑA ENRIQUEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NUBIA MIREYA PEÑA ENRIQUEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora NUBIA MIREYA PEÑA ENRIQUEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de PRESCRIPCION, INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD, SANEAMIENTO DE LA NULIDAD ALEGADA, INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA REGRESAR AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA Y CADUCIDAD formuladas por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.”

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 Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que no se comparte la decisión de la declaración la ineficacia de traslado manifestando como principal motivo la falta del deber de información, toda vez que las condiciones de vinculación con la AFP se encuentran estipuladas en la Ley 100 de 1993, las cuales la demandante no puede desconocer; por otro lado solicitó de manera subsidiara que en caso de que se confirme la decisión se absuelva a la administradora de la condena de trasladar a Colpensiones los gastos de administración y sumas de seguro previsional, estas últimas en virtud de que es un concepto que se canceló a un tercero de buena fe exento de la relación contractual y en lo referente a los gastos de administración, es un concepto autorizado por la ley a descontar como consecuencia de la buena administración que se ejerció del capital de la cuenta de ahorro individual y que se vio materializado en incrementar el saldo de la misma generando rendimientos financieros, las cuales se encuentran sujetas a la prescripción al ser un concepto de tracto sucesivo.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que no se logró

demostrar en el transcurso del proceso el supuesto engaño sufrido por la actora recibido por la AFP, así como también la falta de información; precisó que al revisar el formulario de afiliación suscrito por la actora se evidencia que se realizó libre de apremios y por su propia voluntad, así como también se efectuó con el lleno de los requisitos legales, sin que hubiera existido alguna manifestación de retracto, razón por la cual no podría declararse la ineficacia de traslado.

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.

Así las cosas, de los medios probatorios arrimados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro a la posible afiliada las características, condiciones, accesos,

ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

✓ 
LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS EDUARDO DUARTE PAEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 028 2020 00341 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 los apoderados de la parte Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2022.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto 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 dicho acto goce de plena validez.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Eduardo Duarte Páez, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la vinculación que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con tofos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 21 de diciembre de 1960; que cotizó a el Instituto de los Seguros Sociales desde el 4 de agosto de 1980 hasta el 31 de julio de 2002; que se trasladó a Porvenir S.A., el 27 de junio de 2002; que la AFP no le proporciono una asesoría profesional completa, clara y suficiente que le permitiera conocer las características y condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 271,y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el articulo 11 del Decreto 692 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado numero 31989 y 313114 de 2011, 54814 de 2018 y 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación del actor con la AFP en el año 2002, fue productor de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia de la solicitud de vinculación, documento público en el que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al RAIS y existió una ratificación tacita que trata el

artículo 1754 del Código Civil. Propuso las excepciones de hecho de la afiliada, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 22 de julio de 2022, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor LUIS EDUARDO DUARTE PAEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada el 27 de junio de 2002, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍASPORVENIR S.A. a trasladar los portes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor LUIS EDUARDO DUARTE PAEZ identificado con C.C. 19.430.937 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses

por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia de manera integral, al considerar que el traslado efectuado es valido y eficaz, toda vez que al demandante se le brindo información para el año 2002, donde el actor firmo de manera voluntaria el formulario de afiliación, documento público que se presume autentico de conformidad 243 y 244 del Código General del Proceso, resaltando que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; señaló que en el presente asunto no se alegaron ninguno de los presupuestos legales para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional; por otro lado precisó que no se puede condenar a la devolución por conceptos de gastos de administración, esto de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un tres por ciento de la cotización a financiar dichos emolumentos, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al señalar que: 1) que la parte demandante tenia obligaciones legales de conformidad con el Decreto 2241 de 2010, 2) que para el momento del traslado no le era exigible a la AFP realizar una asesoría tal y como lo disponen las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, resaltando que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado y no puede verse afectado en recibir la carga prestacional del actor, toda vez que se generaría una afectación a la estabilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener

una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 27 de junio de 2002.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben

efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias 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.

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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA EDNA
PACHÓN DE LÓPEZ contra UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**

RADICADO: 11001 3105 031 2020 00398 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil
veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en Consulta la
sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral
Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de junio de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de la parte demandada UGPP, quien solicito confirmar la sentencia proferida por la *a quo* y en consecuencia absolver a la Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales UGPP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y declarar probadas las excepciones de mérito denominadas carencia absoluta de la causa, inexistencia del derecho a reclamar y cobro de lo no debido y relevarse del estudio de las demás excepciones propuestas, pues señaló que de las pruebas documentales y testimoniales analizadas no es posible concluir que la demandante haya sostenido una relación de pareja con el causante, el señor Manuel Antonio Rodríguez Orozco, pues lo manifestado no tiene fuerza suficiente para generar el convencimiento necesario para dar por demostrado una relación de tipo marital entre el causante y la demandante, lo anterior de conformidad con el Artículo 61 del Código Procedimiento del Trabajo y de Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que se condenara a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la pensión vitalicia de sobreviviente en calidad de compañera permanente del señor fallecido Manuel Antonio Orozco Rodríguez, a partir del 25 de julio de 2016 (fecha de fallecimiento del pensionado) junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, a los intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, indexación y costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el señor Manuel Antonio Orozco Rodríguez (q.e.p.d.), ostentaba la calidad de pensionado de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal a través de Resolución No. 1748 del 9 de marzo de 1987; que el 15 de febrero de 2005, el señor Orozco la autorizo para reclamar las mesadas pensionales, al no encontrarse en buen estado de salud; que el 26 de junio de 2015, el causante realizó ante la Notaria Quinta del Circulo de Ibagué, declaración extrajuicio manifestando que desde hacía 25 años y medio convivía en unión libre con la señora Pachón; que el señor Orozco falleció el 25 de julio de 2016 por causas de origen no profesional.

Señaló que el 3 de octubre de 2016 ante la Notaria Quinta del Circulo de Ibagué, las señoras Carmen Alicia Rincón y Alba Cecilia Guevara Gómez, rindieron declaración extrajuicio en las cuales dan fe de conocer al señor Orozco y a la señora Pachón, desde hacía más de 25 años, e indicando constarles que ambos convivían y hacían vida marital, compartiendo techo, lecho y mesa desde el año de 1991 hasta el día de fallecimiento del señor Orozco.

Así mismo, indicó que el 7 de marzo de 2017, presentó ante la demandada reclamación administrativa con el objeto de que se le reconociera la pensión de sobreviviente, la cual le fue negada mediante Resolución No. RDP 023168, al manifestar que no existió convivencia de compañeros permanentes durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante de manera constante e ininterrumpida.

Como fundamento normativo, citó los artículos 46¹, 47 y 141 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia. De igual manera, trajo a colación la Sentencia del 25 de noviembre de 2008, radicado 33164.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, contesto demanda (Pág. 146 a 156 – Exp. Digital – Documento 001), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que no le asistía el derecho reclamado a la demandante por no encontrarse demostrada la convivencia real y efectiva con el *de cujus* durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento del mismo. Propuso las excepciones de carencia absoluta de causa, inexistencia del derecho a reclamar, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y las innominadas o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de junio de 2021, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de mérito denominada **CARENCIA ABSOLUTA DE CAUSA, INEXISTENCIA DEL DERECHO A RECLAMAR Y COBRO DE LO NO DEBIDO**, propuesta por la parte demandada y, relevarse del estudio de las demás excepciones.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demanda **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCAL – UGPP**, de todas y cada una de las pretensiones de la

¹ Modificado art. 13 Ley 797/03.

*demanda impetrada por la señora **MARÍA EDNA PACHON DE LOPEZ**, de conformidad con las anteriores consideraciones.*

TERCERO: CONDENAR en costas de la instancia a cargo de la parte demandante, como se dijo en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la demandante, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T y la S.S.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que, la prestación económica solicitada se regía por la norma que se encontrara vigente al momento del fallecimiento del pensionado, de tal suerte que la norma aplicable era el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, ya que el fallecimiento había ocurrido el 25 de julio de 2016.

A continuación, se indicó que el requisito inexcusable para acceder a la pensión de sobrevivientes y acreditar la condición de beneficiario tratándose de la compañera, era la convivencia durante mínimo cinco (5) años anteriores a la muerte y se procedieron a valorar los diversos medios de prueba allegados, sobre el particular, indicó que los documentos allegados al proceso en nada aportaban a la demostración de una convivencia efectiva, real e ininterrumpida en los últimos cinco (5) años entre la señora María Edna Pachón de López y el causante, que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se presentaron graves contradicciones, destacando que las respuestas fueron evasivas y sin que precisara la fecha en que se conoció con el causante, que trabajaba aproximadamente hacía 12 años como profesora mientras que en declaración extra juicio afirmaba que se dedicaba al hogar y dependía económicamente del señor Orozco, de los testimonios rendidos por Carmen Alicia Rincón

y Alba Cecilia Guevara Gómez, se indicó que llamaba la atención a la juzgadora las contradicciones entre sus declaraciones y las manifestaciones extrajuicio allegadas, puesto, que la primera de ellas, indico que conocía a la pareja hacía 25 años, sin embargo, indicó que conoció a la actora vendiéndole libros en la institución educativa que laboraba, siendo que la demandante trabajaba allí para el año 2010 aproximadamente, y a su esposo cuando enfermo, cuando la demandante afirmó que este comenzó sus padecimiento alrededor de 11 años anteriores a su fallecimiento, adicionalmente, narró que el cuarto de habitación del causante se encontraba en el primer piso y el de la actora en el segundo piso, frente a la declaración de la señora Guevara, señaló no realizó mayor aporte probatorio al no saber o constarle los hechos de la demanda.

Así mismo, se reveló que tampoco podía dársele credibilidad a la declaración extrajuicio rendida por el causante, ya que esta no cumplía con los requisitos exigidos por el artículo 1 de la Ley 1204 de 2008, y si bien dicho precepto otorga la posibilidad al causante que la prestación sea sustituida de manera provisional, ello no confiaré en perder la titularidad del derecho (SL-870 de 20180).

También, se puntualizó que el contar con el registro civil de nacimiento, registro de defunción, la partida de bautismo y la autorización que desplegó el causante para el cobro de la mesada pensional a la demandante, solo se muestra con ellos una relación personal entre subtitular y tenedor, pero sin que allí emerja la existencia de una convivencia real material de

vida en común con acompañamiento espiritual y permanente, apoyo económico mutuo con el ánimo y la intención de construir y organizar una verdadera familia como compañeros permanentes, ello, conforme frente este medio de prueba ha considerado la corte que la tenencia de documentos a lo sumo pueden verse como indicios contingentes (SL-903 del 2014).

Con base en lo anterior, el despacho concluyó que no se demostró una convivencia de 5 años anteriores al fallecimiento del causante.

IV. CONSIDERACIONES

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

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que el señor Manuel Antonio Orozco Rodríguez, falleció el 25 de julio de 2016, conforme se advierte del registro civil de defunción obrante en la pág. 43 a 44 del expediente digital, documento 001; ii) que la Caja Nacional de Previsión Social le reconoció al causante pensión de jubilación a partir del 1 de abril de 1985 en cuantía inicial de \$17.582, según se evidencia en la Resolución No. 07565 del 9 de julio de 1985 visible en la

página 282 a 286 del expediente digital, documento 012; iii) que la citada prestación fue reliquidada mediante Resolución No. 01748 del 9 de marzo de 1987 en cuantía de \$18.782,24 a partir del 1 de marzo de 1986, visible a página 305 a 308 del expediente digital, documento 012; y iv) que mediante Resolución No. RDP 023168 del 2 de junio de 2017, la UGPP, se resolvió negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la actora indicando que no existió convivencia como compañeros permanentes, entre Manuel Antonio Orozco Rodríguez y María Edna Pachón de López durante los cinco (5) años anteriores al fallecimiento del causante de manera constante e ininterrumpida.

Bajo los supuestos fácticos del expediente, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del Señor MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (25 de julio de 2016).

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

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

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

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

(...)”

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

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

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

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

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

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

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

del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)”

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

Sobre el tema conviene recordar lo expuesto recientemente por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL2820-2021 radicación No. 73255, en donde se indicó:

“La censura radica su inconformidad básicamente, en que el Tribunal se equivocó, al interpretar las normas que regulan la pensión de sobrevivientes, especialmente el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues a su juicio, dicha preceptiva no exige 5 años de convivencia anteriores al deceso a la compañera permanente de un afiliado al Sistema General de Pensiones, para establecer su calidad de beneficiaria de la referida prestación.

En ese sentido, lo que le corresponde a la Sala determinar es, si efectivamente el Tribunal incurrió en la vulneración del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, al establecer que para que la recurrente fuera titular del derecho deprecado, era necesario que hubiese acreditado una «convivencia efectiva» con el causante por un lapso temporal de 5 años, con anterioridad a la fecha del deceso.

(...)

En torno a dicha exigencia, esta Sala de la Corte de manera reiterada había sostenido efectivamente la tesis expuesta por el Tribunal, esto es que, sin importar de que se tratara de la muerte de un afiliado o de un pensionado, para que la compañera(o) permanente fuera beneficiaria(o) de la pensión de sobrevivientes, era necesario que acreditara 5 años de convivencia con su pareja con anterioridad a la fecha del deceso (CSJ SL4147-2019, CSJ SL1029-2019, CSJ SL347-2019, CSJ SL877-2019, CSJ SL3468-2018, CSJ SL2533-2018, CSJ SL1985-2018, CSJ SL1548-2018, CSJ SL868-2018, CSJ SL866-2018).

No obstante, lo anterior, dicha posición fue reevaluada para señalar que de la redacción del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no era posible inferir que en tratándose de la muerte de un afiliado, el legislador hubiese querido exigir un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, de manera que ese interregno temporal solamente resultaba necesario acreditarse en aquellos casos en que el deceso ocurría en cabeza de un pensionado. Así, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL1905-2021, en torno a la citada norma se sostuvo:

[...] En síntesis, pueden extraerse dos reglas [...] que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL3843-2020, CSJ SL5626-2020).

Los motivos que sustentaron el cambio de criterio efectuado por la Corte, estuvieron basados en: i) la redacción de la norma, pues de la misma resultaba evidente que había pretendido hacer una diferenciación, al guardar silencio frente al tiempo de convivencia que debía exigírsele al compañera(o) del afiliado, lo que resulta apenas obvio por tratarse de situaciones fácticas disímiles, que por tanto merecían un tratamiento propio; ii) las consideraciones vertidas en la sentencia CC C-1094-2003, en la que entre otras se declaró la exequibilidad de la expresión «no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte», contenida en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en la que sobre el particular se dejó sentado que «el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados » y; iii) la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, en la que se dejó también claridad que el requisito de convivencia que se pretendía exigir para ser beneficiario de la prestación de sobrevivencia estaba dirigido en casos donde la muerte se diera respecto del pensionado.

Conforme al criterio acogido por la Sala, se concluye que el tiempo mínimo de 5 años de convivencia exigido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, solo es aplicable para el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, mas no para cuando el deceso es de un afiliado, por cuanto lo que busca proteger el Sistema General de Seguridad Social es el núcleo familiar, entendiendo la familia a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo «Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos».

Es así entonces, que de acuerdo al nuevo criterio doctrinal, para efectos de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, acorde con lo dispuesto en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, debe acudirse a la noción constitucional de familia, sin que sea dable exigir que se acredite un determinado periodo de convivencia para obtener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando se trata de fallecimiento de un afiliado, siendo necesario únicamente que se acredite la existencia de ese vínculo de comunidad de pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento del óbito del asegurado.”

De conformidad con el precedente citado, se tiene que existe una diferencia cuando lo que se reclama es la pensión de sobrevivientes (muerte del afiliado) y la sustitución pensional (muerte del pensionado), en la medida en que los 5

años de convivencia exigidos por el literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 (modificado artículo 13 Ley 797 de 2003), solo son aplicables para otorgar la sustitución pensional y no cuando se da la muerte de un afiliado, es decir, cuando se habla propiamente de la pensión de sobrevivientes ya que en este caso lo que se busca proteger es el núcleo familiar, de tal suerte que para la prosperidad de la prestación no resulta procedente exigir un tiempo mínimo de convivencia pues lo único necesario es acreditar la existencia de un vínculo de comunidad en pareja con vocación de permanencia real, efectiva y vigente al momento de la muerte del afiliado.

Descendiendo al caso objeto de análisis, se tiene que la demandante nació el 4 de septiembre de 1949, tal y como puede advertirse del registro civil de nacimiento y de la copia de su cédula de ciudadanía visible en la página 45 a 46 y 41 del expediente digital, documento 001, respectivamente, de lo que se colige que tenía más de 30 años para la fecha del deceso del causante (66 años de edad), en esa medida la prestación a reconocer sería la vitalicia, ahora bien, como quiera que la demandante manifestó que convivió con el Señor MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ, desde el año de 1991³ y hasta la fecha de su fallecimiento, se procederá a analizar si se encuentra acreditada la convivencia mínima en los términos establecidos en la norma.

Hechas la anterior precisión, procede la Sala a apreciar los medios de prueba de conformidad con lo dispuesto en el

³ Hecho 5 de la demanda (Pág. 26 del expediente digital, documento 001)

artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

La parte actora allegó con su escrito de demanda (Documento 001 del expediente digital), entre otros, los siguientes documentos relevantes:

- *Declaración juramentada No. 1462*, rendida por **Manuel Antonio Orozco Rodríguez y María Edna Pachón de López**, el 26 de junio de 2015, ante la Notaria 5 del círculo de Ibagué (Pág. 50 a 51), con dirección de domicilio de residencia VALPARAISO MZ A CS 8 I ETAPA, en donde se indicó:

“(…)

SEGUNDO: DECLARAMOS BAJO LA GRAVEDAD DE JURAMENTO:

- Que convivimos de manera permanente e ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa desde hace veinticinco (25) año y medio.
- Que yo **MARIA EDNA PACHÓN DE LÓPEZ** No trabajo dependiente o independientemente, no devengo ningún tipo de ingreso, ni recibo pensión ni subsidio de ninguna índole, razón por la cual dependo económicamente de él en todo aspecto.

(…)”

- Acta declaración extraproceso No. 2626, rendida por **Carmen Alicia Rincón y Alba Cecilia Guevara Gómez**, el 3 de octubre de 2016, ante la Notaria 5 del Círculo de Ibagué (Pág. 52 a 53), en la que se señalaron:

“(…)

SEGUNDO: Declaramos bajo la gravedad de juramento:

- Que conocimos de vista, trato y comunicación al señor **MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ (Q.E.P.D.)** quien en vida se identificó con cédula de ciudadanía número 2.334.356 expedida en LIBANO, desde hace VEINTINCO (25) años y QUINCE (15) años respectivamente.
- Que nos consta que el señor **MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ (Q.E.P.D.)** convivía y hacia vida marital con la señora **MARIA EDNA PACHÓN DE LÓPEZ**, identificada con cédula de ciudadanía número 28.812.623 expedida en LIBANO compartiendo techo, lecho y mesa. Desde el año 1991, hasta el día de su fallecimiento el día 25 de Julio de 2016.
- Que nos consta que de la unión **NO** se procrearon y NI existen hijos.
- Que nos consta que no existen más hijos, dentro o fuera del país, pendientes por reconocer.

- Que nos consta que la señora **MARIA EDNA PACHÓN DE LÓPEZ**, dependía económicamente del señor **MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ (Q.E.P.D.)**, ya que era él la persona encargada de brindarle el sustento y bienestar general.
- Que nos consta que aparte de la señora **MARIA EDNA PACHÓN DE LÓPEZ**, **NO** existen más personas con igual o mayor derecho a reclamar.

(...)”

- Acta declaración extraproceso No. 452, rendida por **María Edna Pachón de López**, el 15 de febrero de 2017, ante la Notaria 5 del Círculo de Ibagué (Pág. 54 a 55), en la que se señalaron:

“(...)”

SEGUNDO: Declaramos bajo la gravedad de juramento:

- Que conviví e hice vida marital durante veinticinco (25) años compartiendo techo, lecho y mesa con **MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ (Q.E.P.D.)** quien en vida se identificó con cédula de ciudadanía número 2.334.356 expedida en Líbano, desde el día 01 de Enero de 1991 hasta el día de su fallecimiento el día 25 de Julio de 2016.
- Que de la unión **NO** procreamos Ningún hijo.
- Que el sostenimiento del hogar en mención estaba a cargo de **MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ (QEPD)**, ya que era el encargado de sufragar todos los gastos de manutención y subsistencia.
- Que **MARIA EDNA PACHÓN DE LÓPEZ**, dependía económicamente de él.
- Que no existen más hijos, dentro o fuera del país, pendientes por reconocer.
- Que aparte de **MARIA EDNA PACHÓN DE LÓPEZ**, **NO** existen más personas con igual o mayor derecho a reclamar.

(...)”

- Carta emitida por el señor **MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ** y dirigida al **BANCO AGRARIO**, autorizando a la señora **MARIA EDNA PACHON DE LOPEZ** para reclamar la mesada pensional del mes de febrero de 2005 por estado de salud. (Pág. 60).
- Carta emitida por el señor **MANUEL ANTONIO OROZCO RODRIGUEZ** y dirigida al **BANCO DE COLOMBIA**, autorizando a la señora **MARIA EDNA PACHON DE LOPEZ** para reclamar desprendibles de pago para trámites ante la EPS atendiendo su estado de salud. (Pág. 62).

Dentro del acervo probatorio recaudado en el proceso, se recepcionaron a solicitud de la parte actora los testimonios de **Carmen Alicia Rincón** (quien manifestó que conoció al causante porque vivía con la señora María Edna Pachón de López) y **Alba Cecilia Guevara Gómez** (quien refirió que conoció al causante porque le vendía productos naturistas), señalaron que la demandante y el causante convivían juntos desde la fecha en que se conocieron con la demandante, esto es, desde hacía 23 y 12 años atrás, respectivamente, hasta la fecha de fallecimiento del Señor Orozco (julio de 2016), que el barrio donde esta pareja convivía era Valparaíso, en una casa de 2 pisos, así mismo, coincidieron en indicar que se conocieron inicialmente con la demandante al ser para ellas una cliente frecuente, ya que vendía libros y productos naturistas, respectivamente, aseguraron que cuando visitaban la casa para ofrecer sus productos o recoger el pago de los mismos, el señor Orozco se encontraba en casa, ayudando con los quehaceres del hogar en la medida que su estado de salud así se lo permitiere.

Adicionalmente, indicó la señora Rincón, que los dos le comentaban, que cada uno de ellos vivía muy agradecido por tenerse el uno al otro ya que existía una colaboración mutua; finalmente, la señora Guevara indicó que en 3 o 4 ocasiones compartió media mañana con la pareja, siendo invitada a almorzar, en donde la señora Pachón le agradecía al señor Orozco por la comida recibida con manifestaciones de afecto (besos en su cabeza).

Igualmente, se recepcionó el interrogatorio de parte de la Señora **María Edna Pachón de López**, quien indicó que conoció al señor Manuel Antonio Orozco en el colegio de Líbano por unos familiares y que luego, se reencontró con él en la ciudad de Ibagué, que el señor Orozco vivía solo en Líbano, sin que hubiera tenido esposa o hijos y que posteriormente se trasladó a Ibagué donde se organizó con ella en su residencia, que él era un hombre muy bueno y muy especial con ella, que le colaboraba en todos los aspectos con la difícil situación en que se encontraba, financiera y emocional, dada la separación con su entonces esposo; que ella estuvo siempre al cuidado de él en sus años de enfermedad, la cual inició fuertemente alrededor de 11 años antes de su fallecimiento; precisó que en el contrato exequial indicó que el causante era su padrastro ya que por su edad no era aceptado en dicho auxilios y adicionalmente, que al momento de rendir la declaración extrajuicio en el año 2015 mencionó que no tenía trabajo y dependía del causante al ser docente en provisionalidad y poder quedar sin trabajo en cualquier momento, ello, atendiendo a que previamente indicó que laboraba desde hacía 12 años como docente.

Sumado a ello y ante el requerimiento realizado por el Juzgado, la UGPP, allegó el expediente administrativo del señor MANUEL ANTONIO OROZCO, (Documento 012), en donde se encuentra como documentos a resaltar, para el caso, los siguientes:

- *Certificado y Contrato de Previsión Exequial No. 50043018* con fecha de expedición 18 de enero de 2017,

en donde figura como contratante la señora MARIA EDNA PACHON DE LOPEZ y como beneficiario el señor MANUEL ANTONIO OROZCO, con fecha de afiliación 05 de septiembre de 2014 y parentesco **PADRASTRO** (Pág. 52 a 54).

- *Informe Investigativo No. 15953 del 5 de mayo de 2017 emitido por CYZA*, en donde frente a las labores de campo planificadas para la recolección de testimonios y documentos que coadyuvaren a la verificación de la pretensión de la demandante (Pág. 211 a 219), se encontró, *grosso modo*, que de las versiones dadas verbalmente por los vecinos del barrio Valparaíso de Ibagué, coinciden en que el causante era tío de la solicitante, confirman que está lo cuidaba muy bien y mantenía pendiente en todo, sacrificándose mucho en sus cuidados y que realizada la entrevista a la Asistente Administrativa de la Funeraria la Ascensión, manifestó que los beneficiarios de los contratos exequiales son a voluntad del titular sin distingo de edad o parentesco, y por último, que analizado el Registro Civil de Nacimiento de la solicitante se observa que los apellidos de la madre coinciden con los apellidos del causante.

De lo anterior, lo primero que se puede colegir es que si bien efectivamente el causante señor Manuel Antonio Orozco Rodríguez, residió en el mismo domicilio de la señora María Edna Pachón de López (Barrio Valparaíso), alrededor de los últimos 25 años anteriores a su fallecimiento, no es menos cierto, que no se logra probar la convivencia como pareja entre la demandante y el causante, pues esta, sólo se puede dar por establecida con base en la realidad misma, la cual debe reflejar una comunidad de vida estable y permanente como lo exige la ley, por ende, no se obtiene a través del cumplimiento de una mera formalidad, como una declaración extraprocesal rendida en una notaría o plasmada en un documento (SL3570-2021), sino que, el

requisito de la convivencia se deriva de la demostración de una comunidad de vida real y material de la pareja, *«forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable»* (ver CSJ SL4099-2017).

No obstante, al valorar los testimonios rendidos se advierte que, se evidenciaron algunas inconsistencias en los mismos, pues en las declaraciones de Carmen Alicia Rincón y Alba Cecilia Guevara Gómez, derivadas por ejemplo, de que si bien indican que interactuaban con la demandante y el causante, no evidenciaron muestras de afectos propios de una pareja, pues pese a la insistencia de la juzgadora de primera instancia en que manifestaran porque les constaban que existía una relación sentimental entre la pareja, no realizaron manifestación expresa a ello, tan solo se limitaban a indicar que el causante vivía en la misma residencia.

De igual forma, extraña a la Sala el hecho de que pese a que la demandante señaló que la relación de sus hijos con el causante era muy buena y lo querían mucho, ninguno de ellos, fue llamado por la demandante a declarar frente a la supuesta relación de la pareja, tampoco a sus vecinos o demás allegados de la pareja, que hubieran podido dar fe de la relación, sino que se limitó a traer a juicio a testigos que la visitaban por razones comerciales esporádicamente, las cuales apenas conocían al causante; más aún cuando

conforme con la investigación previa realizada por la demandada, en las labores de vecindario, se recaudaron versiones libres y espontaneas, quienes indicaron que el causante era el tío de la demandante y que no tenían una relación sentimental.

Sumado a ello, se evidencia dentro del plenario, registro civil de nacimiento de la señora María Edna Pachón de López (Pág. 45 a 46, documento 001), y copia de la partida de bautismo del señor Manuel Antonio Orozco Rodríguez (Pág. 47, documento 001), de los cuales se evidencia que los abuelos maternos de la actora son los padres del causante, esto es, los señores Alejandro Orozco y Herminia Rodríguez, lo que ratifica que la relación entre estos no es más que la relación de familiaridad por el grado de consanguinidad, desvirtuándose así la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del causante con la demandante, pues aunque estos vivieran en una misma ubicación geográfica, vivían en espacio independientes (primer y segundo piso) y en todo caso que se tratara de una misma casa *per se* no genera una comunidad de vida.

Bajo las motivaciones que anteceden, y, en consonancia con los lineamientos normativos previstos por *el artículo 167* del CGP, según el cual *«incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»*, le correspondía a la actora el acreditar los requisitos que la acreditaran como beneficiaria de la prestación de sobrevivencia deprecada, cual es, la mentada convivencia real

y efectiva anterior al deceso del pensionado, lo cual no cumplió, lo que a su vez descarta la posibilidad de hacerse acreedora de la citada prestación pensional.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de junio 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 FELIPE
MORALES VELA CONTRA SIERRACOL ENERGY ARAUCA
LLC y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 032 2019 00521 01

Bogotá D. C., Treinta y Uno (31) de octubre 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 apoderada de la demandada Sierracol Energy Arauca LLC contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de agosto de 2021.

En esta instancia se presentaron los alegatos de conclusión, en los cuales la apoderada de la parte demandante, refirió que en sentencia T-712 de 2011, la H. Corte Constitucional efectuó un profundo estudio sobre la responsabilidad pensional de las empresas privadas del sector petrolero, estableciendo irrefutablemente la obligación de estas empresas de efectuar los aprovisionamientos económicos necesarios para hacer los aportes de sus trabajadores al sistema de seguridad social con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; efectuó una línea normativa en lo concerniente al llamamiento de inscripción de los trabajadores del sector privado y específicamente del sector petrolero; adicionalmente, señaló que previo el nacimiento o creación del ISS, el reconocimiento del derecho de jubilación de los trabajadores estaba a cargo de los empleadores, y por lo tanto, reiteró la obligación de la demandada en el pago de los aportes pensionales en favor del actor, por lo que solicitó se confirme la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

A su turno, la apoderada de la demandada, en su escrito de alegatos de conclusión allegado, solicitó se revoque la sentencia del *a quo*, argumentó, que si bien con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, salvo el régimen especial a cargo de CAXDAC, la única entidad que en el sector privado asumió las prestaciones derivadas de los trabajadores fue el ISS, cobertura que inicio por primera vez en Bogotá a partir del 1 de enero de 1967, sin que esta fuera generalizada para todos los sectores geográficos o industriales del país, siendo que aun con la entrada en

vigencia de la Ley 100 de 1993, no se tuviera llamamiento obligatorio a inscripción; manifestó que la única posibilidad para que proceda el computo de tiempo de servicios con empleadores para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones a través de la emisión de un título o bono pensional, requiere indispensable que el contrato estuviera vigente para el 23 de diciembre de 1993, sin que el actor cumpliera con dicho requisito; por último, advirtió que en caso de confirmarse la decisión lo único que sería procedente es el pago de cotizaciones actualizadas de manera compartida entre la empresa y el trabajador.

I. ANTECEDENTES

El demandante formulo demanda con el objeto de que se ordenará a Occidental de Colombia LLC – Oxycol Hoy Sierracol Energy Arauca LLC, a pagar en su favor el monto económico correspondiente a los aportes pensionales comprendidos durante la vigencia de la relación laboral entre el 2 de septiembre de 1985 y el 30 de mayo de 1991, así como que se ordenara a Old Mutual Colombia hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A., a realizar el cálculo actuarial respectivo y a la empresa aludida a pagar el mismo, también solicitó se ordenará al Fondo a efectuar la reliquidación de la pensión de vejez, pago de perjuicios, a lo que resultare ultra y extra petita y al pago de las costas procesales.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que suscribió contrato de trabajo a

término indefinido con la Compañía OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC – OXYCOL, el 2 de septiembre de 1985, para desempeñar el cargo de Coordinador de Seguros, el cual finalizó por acuerdo mutuo, el 30 de mayo de 1991; que la referida empresa no cotizó a pensión por el termino en que estuvo vigente la relación laboral, desconociendo su obligación de constituir a su favor un título pensional a fin de que el mismo sea incorporado dentro del capital con el cual fue reconocida su pensión de vejez.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Occidental de Colombia LLC, hoy Sierracol Energy Arauca LLC, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros, con sustento en que durante la vigencia de la relación laboral no existió llamamiento obligatorio de inscripción al ISS para la empresa, lo que evidenciaba la imposibilidad de afiliar y consecuentemente de pagar aportes pensionales en favor del actor, y sin que ninguna disposición estableciera la obligación de constituir un título pensional, como quiera que el contrato de trabajo feneció previa la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993, que llevaba a concluir que no se incurrió en omisión alguna. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho.

Por su parte, Skandia Pensiones y Cesantía S.A. contesto oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en cuando las SAFP, única y exclusivamente puede efectuar el reconocimiento de los aportes pensionales una vez la empresa empleadora efectúe y pague el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, compensación, pago, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR a la demandada **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** a pagar el cálculo actuarial que para el efecto elabore **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** por los tiempos laborados por el señor **FELIPE MORALES VELA** entre el 2 de septiembre de 1985 y el 30 de mayo de 1991.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a elaborar el cálculo actuarial a que se hizo referencia en el numeral segundo de la presente providencia.

CUARTO.- Una vez recibido el pago del cálculo actuarial, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** deberá proceder a reliquidar la pensión de vejez del demandante **FELIPE MORALES VELA**.

QUINTO.- CONDENAR en costas a la demandada **SIERRACOL ENERGY ARAUCA LLC** y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de la codemandada **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**”

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el fallador encontró probado que la demandada Occidental

de Colombia LLC hoy Sierracol Energy Arauca LLC, no efectuó los aportes a pensiones entre el 2 de septiembre de 1985 al 30 de mayo de 1991, en tanto no existía obligación legal dado que no existía llamamiento obligatorio del ISS, sin embargo, atendiendo el criterio de la C.S.J., S.C.L, debía responder por los mismos por el citado lapso y por cuanto no se podía imponer al trabajador ante la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el nuevo ente de Seguridad Social la pérdida del derecho adquirido con base en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada Occidental de Colombia LLC hoy Sierracol Energy Arauca LLC interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara en su integridad la sentencia, sustentando el mismo y señalando en las demás argumentaciones efectuadas, en resumen, lo siguiente:

Lo primero que señaló es que conforme se expuso en el proceso y tal como se acepta por el Juez de primera instancia, el hecho de que su representada ni hubiera afiliado y llevado a cabo aportes a favor del actor, no fue por una omisión sino porque ello no fue posible un jurídica ni fácticamente puesto que no había llamamiento de inscripción en el momento en que se encontró vigente la relación laboral.

Destacó que no se podía condenar a un cálculo actuarial pues este acarrearía unas sanciones moratorias y era la consecuencia de una omisión, sin que en este caso se presentara omisión, desidia o una negativa caprichosa sino un vacío legislativo, por el que no podía ser endilgado a su representada dado que conforme al artículo 260 del CST, para que se asumieran los riesgos de IVM o se generara el aprovisionamiento de capital se debían cumplir los requisitos allí establecidos, finalmente, refirió que de acuerdo con la Corte Constitucional, en casos similares, los aportes se efectuaban con participación del empleador y del trabajador, por lo que ante una eventual condena se debía ordenar el pago del 75% al empleador y el 25% restante al actor.

Precisó que el caso hipotético de que se defina la existencia de algún derecho pensional, el mismo no podía traducirse en nada diferente que el pago de los aportes indexados, figura absolutamente disímil al cálculo actuarial ordenado.

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 ordenar a la sociedad Occidental de Colombia LLC hoy Sierracol Energy Arauca LLC al pago del cálculo actuarial por los aportes no realizados al Sistema General de Pensiones durante el periodo comprendido entre el 2 de septiembre de 1985 y el

30 de mayo de 1991 y en caso afirmativo si resultaba viable ordenar la reliquidación de la pensión de vejez del actor.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre el actor y la empresa Occidental de Colombia LLC existió una relación laboral mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido desde el 2 de septiembre de 1985 al 30 de mayo de 1991, desempeñando el cargo de Insurance Coordinator, conforme se desprende del contrato de trabajo visto a folios 21 a 22 del expediente digital (archivo 02) y el acta terminación del mismo, vista a folios 23 a 24 del expediente digital (archivo 02); ii) que el demandante se encuentra pensionado por parte de Skandia Pensiones y Cesantías a partir del 1 de septiembre de 2017 bajo la modalidad de retiro programado y iii) que Occidental de Colombia LLC hoy Sierracol Energy Arauca LLC no efectuó los pagos de aportes del actor por el período comprendido en que estuvo vigente la relación laboral, esto es, entre el 2 de septiembre de 1985 al 30 de mayo de 1991.

Precisado lo anterior, tenemos que el punto central de la inconformidad de la recurrente se centra en que no puede ser condenada a pagar el valor del cálculo actuarial a favor del actor, como quiera que la relación laboral se dio por terminado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, en tanto que para la fecha en que estuvo vigente el contrato laboral no estaba obligada a afiliarse al actor al Instituto de Seguros Sociales, pues no había llamado a inscripciones.

Para resolver el anterior cuestionamiento, acudiremos a la Resolución número 4250 de 28 de septiembre de 1993, mediante la cual la Presidencia de la entidad de seguridad social resolvió fijar como fecha de iniciación de inscripción en el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios el 1 de octubre de 1993, para aquellas personas naturales y jurídicas, de derecho privado y sus contratistas independientes que se dedicaran a la actividades extractivas de la industria del petróleo y sus derivados, atendiendo las zonas geográficas en donde el Instituto haya extendido cobertura y llamado a inscripción.

El anterior estatuto, permitiría concluir inicialmente que los trabajadores del sector petrolero solo fueron llamados a inscribirse al Instituto de Seguros Sociales, hasta el 1 de octubre de 1993, pero ello no es motivo para que el empleador quede exonerado del pago de los aportes al sistema, por el tiempo en que el trabajador presto sus servicios durante los años previos a la inscripción, pues así lo ha dejado sentado la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación N°41745 de 2014, decisión que adoptó en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico, consistente en unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide.

En la sentencia en mención, esa corporación definió la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no pagó al Sistema durante los periodos en los cuales no hubo

cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales.

Al respecto consideró la Sala laboral de la Corte sobre dichos periodos: *“(...) no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas. (...) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional”*.

El citado criterio de la Corte se ha extendido hasta tal punto, que se le ha reconocido al trabajador el derecho de

recuperar esos tiempos no cotizados, sin importar la razón que tuvo el empleador para dejarlo de afiliar. Así, dicha solución se emplea en los eventos en que la ausencia de afiliación se hubiera dado por falta de cobertura del sistema de seguridad social, por omisión pura y simple del empleador, por la creencia del empleador de no encontrarse regido por una relación laboral, **e independientemente de si el contrato de trabajo se encontraba vigente o no cuando entró a regir la Ley 100 de 1993**. Todo ello, en apoyo de la evolución de la normatividad reflejada en disposiciones como el artículo 76 de la Ley 90 de 1946 (sentencia CSJ SL939-2019), los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 y, así mismo, con base en los principios de la seguridad social, tales como la universalidad, unidad e integralidad *«que velan por la protección de las contingencias que afectan a todos los trabajadores [...] a través de un sistema único, articulado y coherente, que propende por eliminar la dispersión de modelos y de responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad»*. (Sentencia SL4307 radicación 70149 del 9 de octubre de 2018).

Con base en este razonamiento esta Alta Corporación validó la condena dictada al pago del cálculo actuarial por tiempos servidos y no cotizados en un asunto de similares condiciones fácticas a las que se estudian en este expediente.

Así mismo, de conformidad con la sentencia SL1515 con radicación No. 50481 del 3 de mayo de 2018, la cual recoge el precedente indicado por la máxima Corporación tendiente a que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del ISS, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos por dichos períodos, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad. Por tanto, contrario a lo afirmado por la recurrente, aquel debe cubrir el **100%** de los aportes correspondientes a los tiempos laborados a través de la cancelación del título pensional, a entera satisfacción de la entidad de seguridad social a la cual se encuentra afiliado el demandante.

En consecuencia, y dado que no fue objeto de controversia en el proceso la prestación de servicios del actor en favor de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC – OXYCOIL, entre el 2 de septiembre de 1985 hasta el 30 de mayo de 1991, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia en cuando dedujo la responsabilidad de la demandada por los aportes del periodo transcurrido entre 2 de septiembre de 1985 hasta el 30 de mayo de 1991.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Occidental de Colombia LLC hoy Sierracol Energy Arauca LLC.

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 Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,
de fecha 24 de agosto de 2021, de conformidad con las
razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la
demandada Occidental de Colombia LLC hoy Sierracol
Energy Arauca LLC.

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 JAIME ISAZA MERCHAN
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 032 2019 00739 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 los apoderados de la parte demandante, 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 Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de noviembre de 2021.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional al demandante reviste 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 no exigían una información en los términos reclamados en la demanda.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones han sido uniformes en relación con el presente caso, tales como en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL1689-2019; STL3202-2020.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la vinculación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a los fondos privados, la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 2 de enero de 1962: que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales desde el año 1984 hasta el año 1999; que el 15 de enero de 1999, se trasladó a Porvenir S.A, sin que el asesor de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política; el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1509. 1603 y 1746 del Código Civil, el Decreto 3800 de 2003, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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 a la demandante se le hubiesen 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). Propuso las excepciones de inexistencia de 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, presunción de legalidad de los actos jurídicos, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la parte accionante no allega prueba, si quiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación, en la medida que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 24 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación respecto del reconocimiento del pago de perjuicios morales y NO PROBADAS las demás excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. – DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JAIME ISAZA MERCHÁN a través de PORVENIR S.A., de fecha 15 de enero de 1999, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO. -Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración.

CUARTO. -ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JAIME ISAZA MERCHÁN como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO. -ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. -CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SÉPTIMO. -En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado está en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación parcial frente a la no condena en costas a Colpensiones, al considerar que dicha entidad también fue vencida en juicio dentro del presente proceso y al ser concedidas las pretensiones de la demanda y ser una pretensión la condena en costas; que además fue controvertida por la entidad, se opuso de forma activa y siendo una consecuencia jurídica de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional, esto de conformidad al artículo 365 del Código General del Proceso.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que si bien es cierto existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que dicho precedente no se puede aplicar de forma homogénea a todos los procesos donde se pretende la declaratoria de ineficacia, toda vez que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso; situación que resaltó no se da en el presente caso, en virtud de que el actor realizó de manera válida su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones y

completamente informada, de conformidad con la normatividad vigente para la fecha; por otro lado refirió que frente a la condena de devolver rendimientos y gastos de administración se aparta de la misma, en virtud de que no resulta coherente aplicar la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, ya que se desbordan los efectos de la misma dado que la consecuencia jurídica es declarar que el negocio jurídico jamás se celebró de conformidad a lo señalado por la Superintendencia Financiera, así como también dichos descuentos se encuentran contemplados en la ley.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, bajo el entendido que la entidad fue un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la AFP y el demandante, razón por la cual no puede verse ni favorecida con la decisión tomada; además de ello precisó que declarar la ineficacia conllevaría a la afectación del equilibrio financiero del sistema

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 15 de enero de 1999.

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

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias 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.

Finalmente, en cuanto al reparo realizado por la parte actora en lo relacionado a la no condena en costas a Colpensiones, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso. En consecuencia, se habrá de modificar el numeral sexto de la sentencia de primera instancia para incluir en la condena de costas a la demandada Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

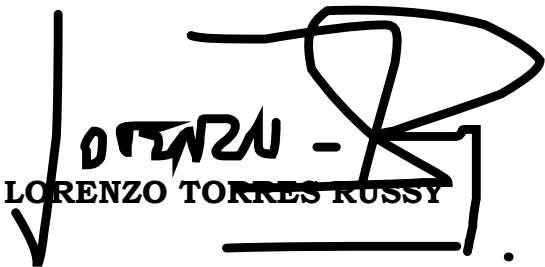
PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEXTO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de noviembre de 2022, para incluir en la condena de costas a la demandada Colpensiones.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA CONSUELO CARMONA GONZALEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 032 2021 00263 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 los apoderados de la parte demandante, 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 Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de julio de 2022.

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 que permitan declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante ante la AFP Porvenir S.A., en el año 2000, toda vez que obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que dicha afiliación es eficaz y produce pleno efecto jurídico entre las partes.

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

no se alego y menos probo, 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 que dicho acto goce de plena validez.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que se logró demostrar con las pruebas aportadas y practicadas en el trámite que la actora tiene derecho al traslado del régimen pensional por haber estado incurso en vicios en el consentimiento por parte del fondo de pensiones, teniendo en cuenta que no se demostró que se le brindara información oportuna al momento del traslado.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones, el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, así como también gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido de la demandante a título de cotizaciones.

Sustento sus pretensiones, en que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales; que a partir del 1 de junio del 2000, se trasladó a Porvenir S.A; sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión; que el 15 abril de 2021, solicitó a Colpensiones tener por nulo el traslado de régimen, petición que fue contestada el 15 de abril de 2021, por parte de la entidad de forma desfavorable.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política; los artículos 17, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993, los artículos 4 y 9 de la Ley 797 de 2003, los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia 31989 y 31314 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que el traslado efectuado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria, por lo que sebera probarse dentro proceso la ineficacia o nulidad por falta del deber de información. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP; improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensiones; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, 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, precisó que la vinculación de la demandante en el año 2000, fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada 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 de 21 de julio de 2022, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. -DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. -DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MARIA CONSUELO CARMONA GONZÁLEZ a través de PORVENIR S.A., de fecha 10 de abril del año 2000.

TERCERO. -Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

CUARTO. - ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MARIA CONSUELO CARMONA GONZÁLEZ como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de

continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

QUINTO. -CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias enderecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES.

SEXTO. -En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado está en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que la AFP a lo largo del proceso acreditó haber cumplido con el deber de información con el alcance que para la época se requería, esto de conformidad al interrogatorio absuelto por la demandante, además se desprenden deberes y obligaciones a cargo del consumidor financiero y la ignorancia de la ley no sirve de excusa; señaló que el documento de afiliación es aprobado por las autoridades competentes en materia de vigilancia de las entidades de seguridad social; por otro lado indicó que en lo referente a la devolución de gastos de administración, primas de seguros y lo respectivo al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexada, dicha condena no procede de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en la el RPM se destina un tres por ciento de la cotización a financiar dichos emolumentos, por lo que no forman parte integral de la vejez y por ello estarían sujetas al fenómeno de prescripción.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al señalar que de conformidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo por razones de estabilidad financiera del sistema pensional dicha norma limitó el derecho cuando el afiliado le falten diez años o menos para alcanzar la edad de pensión; precisó que debe tenerse en cuenta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo, esto de conformidad con las sentencias de la Corte Constitucional; situación que permite concluir que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal descrita anteriormente, resaltó que debe tenerse presente el principio de la relatividad jurídica en virtud de que Colpensiones es un tercero de buena fe que no participo en el acto jurídico celebrado y no puede verse ni favorecida ni perjudicada con la decisión adoptada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 10 de abril de 2000.

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE ORLANDO ORGANISTA RODRIGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A

RADICADO: 110013105 033 2020 00254 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 de las demandadas Protección S.A., Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de mayo de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que no le asiste derecho al actor en regresar al régimen de primera media, con el fin de que se reconozca pensión, ya que se encuentra debidamente afiliado al RAIS; además de ello precisó que para poder trasladarse de régimen pensional es necesario cumplir con los requisitos que estableció la Ley 797 de 2003 en su artículo 2 que modificó el art 13 de la Ley 100 de 1993; requisito que no cumplió en virtud de que el demandante al realizar la solicitud de traslado se encontraba inmerso en la prohibición legal.

I. ANTECEDENTES

La señora Esperanza Coca Gómez, pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó a Colmena S.A hoy Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene Colfondos S.A., devolver a Colpensiones, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 1 de febrero de 1992; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por la Colmena S.A., hoy Protección S.A., el 5 de marzo de 1997 y posteriormente se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política; los artículos 13, 36, 77, 106, 141 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 d 1982, la Ley 1480 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012 y el artículo 897 del Código de Comercio.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra al considerar que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejercer la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, ratificación de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

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, valido, exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de afiliación suscrito por el demandante. Propuesto 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 y la genérica.

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de mayo de 2022, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PROTECCIÓN y con esto a la afiliación realizada al Sr. JOSÉ ORLANDO ORGANISTA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.389.873, el 05 DE MARZO DE 1997.

SEGUNDO: DECLARAR que el Sr. JOSÉ ORLANDO ORGANISTA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 79.389.873, se encuentra efectivamente afiliado a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del Sr. JOSÉ ORLANDO ORGANISTA RODRÍGUEZ, a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación del Sr. JOSÉ ORLANDO ORGANISTA RODRÍGUEZ.

QUINTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A y a PROTECCIÓN S.A., a realizar el traslado de las cuotas de administración, de manera proporcional por el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a cada AFP y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

SEXTO: DECLARARA NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de DOS (02) S.M.L.M.V., a cargo de cada una de ellas y en favor del demandante. SIN COSTAS a cargo de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Protección S.A., interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida, en lo relacionado con la condena de la devolución de cuotas de administración, al considerar que son descuentos legales, exequibles y vigentes; que se realiza en ambos regímenes pensionales, los cuales tienen una destinación específica, los cuales no financian la pensión de vejez; dinero que se encuentran sustentados en la rentabilidad generada en la cuenta de ahorro individual y la cobertura de los riesgos de invalidez y de muerte durante el tiempo que estuvo en la AFP; precisó que se está generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; por otro lado solicitó se declare la prescripción de dichos emolumentos, toda vez que son obligaciones de tracto sucesivo.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida al considerar que debe tenerse en cuenta la descapitalización del sistema pensional; teniendo en

cuenta que de conformidad con el dictamen pericial decretado la Entidad tendría que sufragar dinero de su propio capital; además de ello existe una prohibición legal que no se está cumpliendo en razón a las ineficacias de traslados; por otro lado precisó que respecto a las afirmaciones indefinidas la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil que señaló que son de imposible demostración judicial.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena S.A hoy Protección S.A., el 5 de marzo de 1997.

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.

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 Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALONSO SAENZ MONTAÑA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A

RADICADO: 110013105 036 2020 00350 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de julio de 2022.

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

COLPENSIONES., solicitó se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado, toda vez que el fondo funge como tercero de buena fe, así como también no se acreditó en el proceso la falta de información o la existencia de vicios de consentimiento que justifiquen invalidar o dejar sin efectos el traslado de régimen efectuado, en virtud de que se acreditó que se dio de manera libre y voluntaria.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que la AFP Protección no logro

acreditar que el traslado de régimen efectuado el 19 de agosto de 1997, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, razón por la cual se vulnero el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado del régimen pensional que realizó el 1 de octubre de 1997 a Protección S.A y posteriormente a Colfondos S.A., el 14 de mayo de 2015 y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a las AFP realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado efectuado, así como también se realice la devolución total de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de junio de 1963; que se afilió al RPM el 9 de agosto de 1988; que el 1 de octubre de 1997 se trasladó al Régimen Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A; que el 1 de septiembre del 200 se trasladó a Colfondos S.A; indicó que el traslado efectuado no estuvo precedido de la suficiente información e ilustración clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, citó el Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6, 25 y siguientes, 74 y 145 del Código de Procesal Laboral y de la Seguridad Social, la ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los Artículos 11, 13, 21, 31, 36, 50, 114, 141, 142, 271, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado N° 31989 del 2008; 33083 de 2011, 46292 de 2014, 17595 de 2017, 4989 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra al considerar que se brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

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 cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de afiliación suscrito por el demandante. Propuesto entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP Colfondos, traslado y movilidad dentro del RAIS, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no hay prueba fehaciente que demuestre vicios del consentimiento que hayan provocado el traslado de régimen pensión del demandan, por el contrario, las afiliaciones son válidas. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad Sui Generis de las entidades de seguridad social, Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de la 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, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de mayo de 2022, el Juzgado Treinta y Seis Laboral el Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por ALONSO SÁENZ MONTAÑO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1º de octubre de 1997, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de

2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no se acredita la falta al deber de información o la existencia de vicios en el consentimiento que justifiquen invalidar o dejar sin efectos el traslado de régimen efectuado por el demandante, ya que por el contrario en el proceso si se acreditó que de manera consciente, libre y voluntaria el actor se afilio a Protección S.A., y por tanto la AFP cumplió con las obligaciones que se exigían para la época de la afiliación; preciso que debe aplicarse la prohibición legal de traslado que limita la libertad de escogencia de régimen pensional en virtud de la protección del principio de la sostenibilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 19 de agosto de 1997.

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.

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 Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA INÉS MARTÍNEZ PEÑA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 110013105 037 2020 00425 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 demandada Skandia S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de julio de 2022.

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

MAPFRE, argumenta que como dijo el Juzgado no se dan los presupuestos para condenar a MAPFRE por cuanto, tal como está contemplado en la normatividad, acudiendo a los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, la aseguradora debe ser llamada solo para lo referente al pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión, de invalidez o sobreviviente, asunto que no es objeto de la litis, sin que, adicionalmente, pueda trasladársele a la aseguradora algún tipo de

responsabilidad derivada de la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o de los traslados horizontales al interior del mismo, la que corresponde en un todo a los Fondos de Pensiones.

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

SKANDIA, argumenta que en lo que respecta a la orden impartida en la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a devolución de gastos de administración, se solicita se revoque este emolumento o concepto dado que: 1. Tiene una fuente legal, Ley 100 de 1993 artículo 104 autoriza el cobro de las comisiones y gastos de administración. 2. Constituye facultades Ultra y Extra Petita.

DEMANDANTE, argumenta que las demandadas no demostraron de ninguna manera que la señora Blanca Inés Martínez Peña, al momento del traslado del régimen pensional se le hubiese presentado información clara, completa, comprensible y transparente en los términos establecidos como lo son la información, esta es considerada un derecho fundamental de todo ciudadano y correlativamente una obligación del Estado en hacerlo respetar y garantizar su cumplimiento (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

I. ANTECEDENTES

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

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, el día 23 de noviembre de 1990. Aportó para el Sistema General de Pensiones previo traslado al RAIS, un total de 229,85 semanas. Que con la entrada al mercado de las AFP, derivado de la Ley 100 de 1993, selecciona a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías como su nueva administradora de pensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 11, 13, 271 de la Ley 100 de 1993; artículo 11 del Decreto 692 de 1994; artículo 97 del Decreto 663 de 1993; Código de Procedimiento Laboral; sentencias SL 31989 y 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 413 de 2018, SL 4360 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que de acuerdo con la Ley la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Propuso entre otras las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que si brindó 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 pensiones, en la que se le asesoró 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, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de los aportes enunciados anteriormente se realizó con plena voluntad de la cotizante y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y condenar a la AFP a recibir los aportes para activar la afiliación al RPM. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

MAPFRE., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante no tiene el derecho, pues, contrastando los hechos de la demanda con los requisitos de validez y eficacia de los actos jurídicos bilaterales, tal cual se exponen en el artículo 1502 del Código Civil, la afiliación de la demandante al RAIS fue, en el marco de la autonomía de la voluntad, un acto libre, espontáneo, debidamente comprendido tanto en todos sus elementos como en su alcance y consecuencias, exento de vicio alguno en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones del acto jurídico de afiliación al RAIS y el de su posterior traslado a otra AFP fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas; inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad alguna

causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”; prescripción de la acción de nulidad; legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional; reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de julio de 2022, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora BLANCA INÉS MARTÍNEZ PEÑA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 30 de diciembre de 1995. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en el periodo que duró su afiliación, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a transferir con destino a COLPENSIONES, los costos cobrados por administración durante la vigencia de la afiliación de la demandante con esta AFP, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por MAPFRE ASEGURADORA COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. denominada “SKANDIA frente a la acción material ejercida por la parte demandante carece de amparo y/o cobertura pues el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGURO S.A.” razón por la cual se imparte absolución a dicha entidad de las pretensiones.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por las demás administradoras de pensiones.

SEXTO: COSTAS a cargo de las administradoras demandadas COLFONDOS y SKANDIA, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMMLV, valores que serán liquidados por Secretaría en la oportunidad procesal pertinente. No se imponen costas a cargo de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: 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 la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL1452, SL 1688, SL1689 de 2019 establecen que existe desde la Ley 100 de 1993 la obligación del deber de información, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en cuanto a que las condiciones propias de cada régimen se encuentran consignadas en la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación en los términos del artículo 11 del Código Civil, por tanto, no es dable alegar la ignorancia como excusa para atribuir a las AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto. Por otro lado, respecto del deber de información que recae en cabeza de las AFP es preciso recordar que las demandadas no desconocen su existencia desde el año 1993 con la expedición de la Ley 100 y el Decreto 663 de la misma anualidad, sin embargo hay que resaltar que dicho deber se intensifica con la expedición de la Ley 1328 de 2009 en donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo. La inconformidad de la parte actora respecto de su permanencia en el RAIS radica entorno a lo que sería su mesada pensional, situación que se encuentra definida en la Ley y no obedece a un capricho o arbitrariedad de las AFP, por el contrario estas fórmulas aritméticas se encuentran contenidas en las disposiciones legales vigentes. De igual manera, no debe desconocerse que el vínculo contractual es generado a partir de la selección o afiliación a uno u otro régimen pensional trayendo obligaciones reciprocas, tal como lo establece el artículo 1491 del Código Civil en su definición de contrato o convención, así las cosas, no puede desconocerse que el afiliado también tenía obligaciones para con la Administradora de Pensiones que eligiera tal y como lo ha

determinado el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4. Finalmente, debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, impactando la reserva pensional. Conforme a lo anterior es evidente que, el eventual traslado de régimen pensional de la demandante afecta significativamente el sistema financiero del régimen de prima media, teniendo en cuenta la variación porcentual del aporte a ambos regímenes, la falta de contribución de la demandante al fondo común y la carga que generaría a los demás afiliados soportando un eventual reconocimiento pensional.

La apoderada de SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación parcial teniendo en cuenta que existen normas como lo es el Decreto 3925 de 2008 artículo 7, que señala de manera taxativa más no facultativa cuáles son aquellos elementos que deben tenerse en consideración en el momento en que se generó el traslado de recursos de regímenes del sistema general de pensiones, como en el presente caso. Dicha norma contempla que, lo que se debe trasladar corresponde a los aportes destinados en la cuenta de ahorro individual del demandante y del fondo de garantía de pensión mínima, pero no señala de manera taxativa que deben recaer dichos traslados frente a los gastos de administración, dicha norma guarda relación armónica con las disposiciones de la Ley 100 de 1993 especialmente el artículo 20, dado que indica que este 3% de gastos de administración, que tiene una destinación específica y reglada en dicha norma, fueron utilizados en debida oportunidad para la correcta y eficiente administración de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, por ende, no hay lugar a una devolución de unos gastos que ya fueron debidamente utilizados y para cumplir el fallo debe Skandia S.A. cubrir este rubro con el propio patrimonio, generando así un perjuicio económico, fiscal y financiero no solamente a la AFP sino al régimen de ahorro individual.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Skandia S.A, el 19 de julio de 2006.

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

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

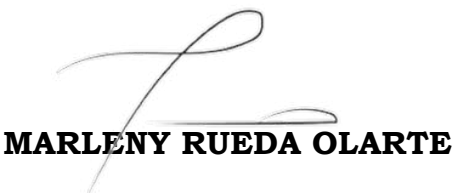
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

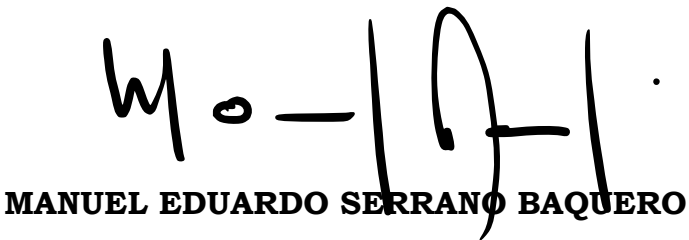
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARILÚ
MARIMON CASTILLA contra UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.**

RADICADO: 11001 3105 039 2020 00007 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre 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 apoderada de la parte
demandante en contra de la sentencia proferida por el
Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,
el 8 de noviembre de 2021.

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

El apoderado de la parte demandante solicitó se reliquide la Pensión de Jubilación Convencional teniendo en cuenta todos los factores salariales tales como asignación básica, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios legal, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, de conformidad con artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de Octubre de 2001 y la sentencia del 12 de diciembre de 2017, radicado No. 15001-23-33-000-00562-01 del Consejo Ponente Dr. Cesar Palomino Cortes; ello, ya que al no hacerlo se desmejora notablemente la mesada pensional de la actora.

Por su parte, la apoderada de la UGPP, indicó que no están encaminadas a prosperar la pretensiones del asunto, puesto, que precisó que de conformidad con lo establecido por la Juzgadora en sede de primera instancia (min 21-23 de la audiencia inicial), los factores salariales deprecados por la demandante para que se incluyesen en su liquidación de la mesada pensional no se encontraban enlistados en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo del ISS, más aun considerando que el ISS (empleador) hoy la UGPP en su respectiva liquidación pensional incluyó varios de dichos factores excluidos por la norma tales como (prima especial de servicios, prima de vacaciones y prima de compensación).

I. ANTECEDENTES

Solicita la demandante, se condene a la UGPP a reliquidar su Pensión de Jubilación Convencional a partir del 1 de julio de 2010, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados tales como: asignación básica, incremento por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicio legal y extralegal, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y bonificación, de conformidad con el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001, así como a que se paguen las sumas adeudadas debidamente indexadas, costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones en que mediante Resolución No. 0046 del 17 de enero de 2011 el ISS le reconoció la Pensión de Jubilación Convencional bajo los parámetros del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, a partir del 1 de julio de 2010, en cuantía inicial de \$1.271.770, teniendo en cuenta el 100% de los percibido durante los últimos tres (3) años de servicio; que la demandada al momento de liquidar la prestación no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados; por último, que mediante reclamación administrativa se solicitó la reliquidación de la Pensión de Jubilación Convencional, siendo negada mediante Resolución No. RDP 018445 del 18 de junio de 2019.

Como fundamento normativo citó los artículos 36 y 141 de la Ley 100 de 1993, el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social el 31 de octubre de 2001. Así mismo, trajo a colación como fundamento jurisprudencial, la sentencia del del 12 de diciembre de 2017, radicado No. 15001-23-33-000-00562-01, sentencia del 14 de julio de 2011, expediente No. 2336-2010 y sentencia del 4 de agosto de 2010, expediente No. 0112-09 de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP, dio contestación a la demanda, como se observa en documento 02 de la carpeta 05 del Expediente Digital, en donde se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumentó que la Pensión de Jubilación Convencional que le fue reconocida a la actora se liquidó conforme la forma prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva.

Propuso como excepciones de mérito las denominadas: Los actos administrativa que están relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, dan cuenta que se liquidó correctamente la misma, presunción de legalidad de los actos administrativos, pago, ausencia de fundamentos jurídico, prescripción, descuentos al sistema en seguridad social en salud, buena fe y la innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demandante por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción formulada por la demandada que denominó LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ESTÁN RELACIONADOS CON EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL, DAN CUENTA DE QUE SE LIQUIDÓ CORRECTAMENTE LA MISMA.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada UGPP, de todas las pretensiones invocadas por la señora MARILU MARIMON CASTILLA, por las razones indicadas en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la demandante en favor de la UGPP Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de **\$600.000** como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa a la demandante”

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con la normatividad bajo la cual se efectuó el reconocimiento de la prestación pensional, esto es, el artículo 98 de la Convención Colectiva, la mesada pensional de la actora correspondía al 100% de los salarios devengados durante los últimos tres (3) años de servicios, del 30 de junio de 2007 al 30 de junio de 2010, teniendo en cuenta, además, los factores salariales allí señalados.

Acto seguido, precisó que verificados uno a uno los factores salariales devengados por la actora, y los tenidos en cuenta en la liquidación de su mesada pensional, se evidenciaba que, dentro de la misma, fueron tenidos en cuenta incluso factores que no correspondían, por lo que habría de declararse imprósperas las pretensiones de la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante, solicitó la revocatoria de la sentencia, en la medida que indicó que la Pensión de Jubilación de la actora debía ser reliquidada a partir del 1 de julio del año 2010, teniendo en cuenta todos los factores devengados por la actora, durante los últimos tres (3) años, los cuales se encuentran debidamente establecidos en el art. 98 de la Convención Colectiva de Trabajo.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente la reliquidación de la pensión de jubilación convencional a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, incluyendo la totalidad de factores salariales devengados en los tres últimos años de servicio.

Sea lo primero señalar que no es objeto de discusión la calidad de pensionada que ostenta la señora MARILU MARIMON CASTILLA por parte del ISS, toda vez que mediante resolución No 0046 del 17 de enero de 2011 (Pág. 16 a 18, documento 01, Exp. Digital), le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de \$1.271.770, a partir del 1 de julio de 2010, bajo los parámetros del artículo 98 de la Convención Colectiva, con el 100% del promedio de lo percibido durante el periodo comprendido durante los últimos

tres años de servicio, esto es, entre el 1 de julio de 2007 y el 30 de junio de 2010.

Teniendo en cuenta que lo reclamado en este asunto principalmente correspondía a la reliquidación de la pensión de jubilación considerando los factores salariales devengados en los último tres (3) año de servicios tales como: *asignación básica, incremento por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicio legal y extralegal, auxilio de alimentación, auxilio de transporte y bonificación*, previo a analizar si tales devengos fueron o no acreditados debe acudirse a la norma que regula el reconocimiento pensional, siendo esta la CCT suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social-SINTRASEGURIDADSOCIAL, vigente entre el 1° de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004, a efectos de establecer los parámetros a tener en cuenta para el reconocimiento pensional.

Así tenemos que el artículo 98 de la referida CCT, contempla lo siguiente:

“(...) Artículo 98. PENSIÓN DE JUBILACIÓN.

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

- (i) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y el treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos (2) últimos años de servicio.*

- (ii) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
- (iii) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de.... 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración:

- a. Asignación Básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados.*

No obstante, lo anterior, cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento (100%) del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez. (...)"

De la norma convencional antes citada, se extracta que para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, (que fue la situación del demandante)¹, se reconocería la pensión mensual vitalicia de jubilación sobre el 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio teniendo en cuenta los factores denominados: *asignación básica mensual, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte, valor de trabajo nocturno, suplementario y en horas extras, valor del trabajo en días dominicales y feriados.*

Ahora, bien verificados los certificados de tiempos y conceptos devengados por la actora durante los tres (3) últimos años de servicios, se encuentran en el documento 01 del expediente digital, pág. 25 a 27, que percibió, los siguientes: **la asignación básica mensual, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima especial**

¹ Resolución No. 0046 del 17 de Enero de 2011 (Pág. 16 a 18, documento 01 del Expediente Digital)

de servicios, la prima de servicio, la prima de vacaciones y las vacaciones, por lo que es claro que la norma excluyó la posibilidad de incluir los factores adicionales que la actora pretendía se tuvieran en cuenta para la reliquidación era de este tipo y en todo casi distintos a los señalados, esto es, la **prima especial de servicios, la prima de vacaciones y las bonificaciones,** por lo que resulta evidente que tal petición resulta improcedente a luz de lo señalado en el acuerdo convencional, debiéndose resaltar que tal y como se señaló por la juzgadora de primera instancia, las determinaciones que a motu proprio se efectuarán por el empleador (al liquidar la pensión) obedecen a decisiones voluntarias que no interfieren respecto a los parámetros establecidos en la CCT que para este caso era la fuente del derecho, lo anterior, como quiera que al verificar la misma se evidencia que se tuvieron valores adicionales a los preceptuados en el articulado convencional².

Por las anteriores razones se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte 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:

² Documento 05, Ccarpeta 04, Subcarpeta 33159391-1, archivo EXP_EP20130707CC33159391-11.

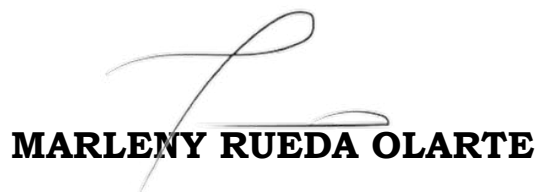
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

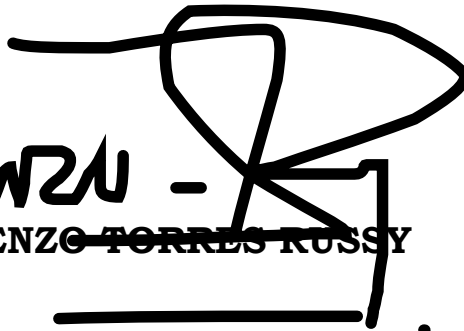

MARLENY RUEDA OLARTE


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 EPS SANITAS S.A. CONTRA LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, FIDUPREVISORA S.A., FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX, GRUPO ASESORIA EN SISTEMATIZACIÓN DE DATOS S.A., SERVIS OUTSOURCING INFORMATICO S.A. y CARVAJAL TECNOLOGIA Y SERVICIOS.

RADICADO: 11001 3105 016 2015 00237 02

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 el apoderado de la ADRES contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 2 de julio de 2021 y a revisar la misma en grado Jurisdiccional de Consulta. La sentencia impugnada ordenó el pago de \$3.528.758.711,77 pesos por concepto de 9232 recobros y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y se absuelva a la demandada de todas las condenas.

Se conoce del presente asunto en virtud de la definición de competencias que en su momento realizó la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con anterioridad a la definición contenida en los autos CC- A389 del 22 de julio de 2021 ratificado en el A744-2021, mediante los cuales la Corte Constitucional definió que las pretensiones de recobros por servicios no POS, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia, resaltándose que en su escrito la EPS Sanitas, señaló que en virtud de la normatividad aplicable y vigente al caso y en razón de la fecha de prestación de los servicios, se solicita respetuosamente al Tribunal, se confirme la sentencia proferida en primera instancia, teniendo presente además que de las pruebas allegadas se determinó sin objeción alguna que le asiste razón a EPS Sanitas en las pretensiones de la demanda, habida cuenta que los recobros demandados se presentaron dentro de los 3 años posteriores a la notificación de la glosa o a la ratificación de las mismas.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se ordenara el reconocimiento y pago de \$3.533.093.804 por concepto de la cobertura y suministro efectivo de los servicios NO POS o no costeados por la UPC que el SGSS en salud le reconoce mensualmente a cargo del Fosyga, al pago de \$353.309.380 correspondiente al 10% de los gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS, a la actualización de las sumas conforme al IPC desde la fecha en que se venció el plazo para el pago y hasta que fueran efectivamente canceladas y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que cubrió efectivamente el suministro o provisión de servicios, tratamientos, equipos y medicamentos no contemplados en el POS o costeados por la UPC como consecuencia de ordenes judiciales de tutela o de autorizaciones del comité técnico científico CTC; que pagó efectivamente a las IPS autorizadas las facturas de venta y procedió a radicar las correspondientes solicitudes de recobro ante el consorcio fidufosyga 2005 mediante el diligenciamiento de los formatos MYT01 y MYT02 las cuales fueron glosadas y devueltas a la EPS y que con arreglo a los anteriores formatos presentó 9247 solicitudes de recobro por suministro de servicios a usuarios durante el periodo comprendido entre enero de 2009 y agosto de 2011.

Así mismo, señaló que ninguna de las solicitudes fue aprobada ni ordenado el pago de su importe por haber sido radicadas fuera del plazo de 6 meses establecido en el Decreto 1281 de 2012 y en su lugar fueron glosadas bajo la denominación 1-01; que la UT Nuevo Fosyga informó el resultado de la auditoria mediante las comunicaciones: i) paquete 1011 - oficio UTNF-COM-064 – recibido EPS 14/06/2012, ii) paquete 0112 – oficio UTNF-COM-437 – recibido EPS 28/03/2012, iii) paquete 0212 – oficio UTNF-COM-760 – recibido EPS 03/05/2012 y iv) paquete 0312 – oficio UTNF-COM-923 – recibido EPS 22/05/2012; que la UT aludida informó que el valor de lo glosado ascendía a \$3.533.093.804; que con la negativa a cancelar las cuentas de recobró se puso fin a la actuación administrativa; que acudió ante la Procuraduría General de la Nación para efectuar conciliación respecto a los recobros y si bien el 21 de octubre de 2013 se llegó a un acuerdo conciliatorio parcial ante la Procuradora Judicial II para asuntos administrativos respecto de 7709 recobros por valor de \$2.897.154.735,33 previa deducción del costo de la nueva auditoría integral de \$59.698.496, sin embargo, el Juez 31 Administrativo de Bogotá D.C., mediante auto del 30 de abril de 2014, improbió la conciliación el cual no fue repuesto pese a los recursos presentados.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Consorcio SAYP 2011 y las fiduciarias que lo conforman Fiduciaria La Previsora S.A. “Fiduprevisora” y Fiducoldex” contestaron oponiéndose a las pretensiones y manifestando

que no le constaban los hechos. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el Consorcio SAYP 2011 no era el competente legal ni contractual conforme al contrato de encargo fiduciario No. 467 de 2011 suscrito con el Ministerio de Salud y Protección Social para adelantar o realizar el trámite de auditoría integral sobre las cuentas objeto de demanda, precisando que el Consorcio solo estaba encargado de realizar el pago previa ordenación que realizare el Ministerio, el cual se efectuaría una vez agotado el trámite dispuesto en la ley para la aprobación de los recobros.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva del consorcio SAYP 2011, Inexistencia de la obligación indemnizatoria ausencia de nexo causal frente a la imputación del daño antijurídico del estado, inexistencia de responsabilidad solidaria del consorcio SAYP 2011, respecto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Unión Temporal Fosyga 2014, imposibilidad jurídica, inexistencia del daño antijurídico, inexistencia de la obligación por tratarse de recobros glosados en auditoría del consorcio Fidufosyga 2005, el consorcio Sayp 2011 no reemplaza ni responde solidariamente al consorcio Fidufosyga 2005, ni a la Unión Temporal Nuevo Fosyga hoy Unión Temporal Fosyga 2014, prescripción e innominadas.

La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, contestó oponiéndose a las pretensiones y manifestando que eran ciertos algunos hechos y no le constaban otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que los recobros objeto del proceso fueron rechazados en el trámite de

auditoria integral realizado por el auditor del Fosyga y se le impusieron glosas que impidieron su reconocimiento y pago, mencionando que si la demandante hubiese dado cumplimiento a los requisitos y exigencias previstos en la normativa de recobros el auditor no habría glosado los recobros presentados y por tanto el Ministerio no adeudaba a Sanitas ninguno de los valores reclamados ni existía prueba si quiera sumaria de los gastos administrativos en que incurrió la demandante. Propuso las excepciones de mérito que denominó: culpa exclusiva de la víctima, inexistencia de la obligación y ausencia de prueba del daño que se demanda reparar – inexistencia del daño.

La ADRES contestó oponiéndose a las pretensiones y manifestando que no le constaban algunos hechos y que eran ciertos otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que conforme a los hechos expuestos los recobros no cumplieron con la totalidad de requisitos que establece el ordenamiento jurídico para el reconocimiento y pago y que frente a los gastos administrativos no existía ningún soporte de los mismos. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, culpa exclusiva de la EPS recobrante, inexistencia de la obligación, improcedencia del pago de intereses moratorios.

Mediante auto del 28 de noviembre de 2017, notificado por estado del día 29 del mismo mes y año, se decreto la sucesión procesal de la Nación – Ministerio de salud y Protección Social por parte de la Entidad Administradora del los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud ADRES.

La Unión Temporal Nuevo Fosyga y sus integrantes Carvajal Tecnología y Servicios SAS, Servis SAS y Grupo ASD SAS, contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptaron algunos hechos, negaron otros y adujeron que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la UT Nuevo Fosyga no desarrollo obligación distinta a la de auditar los recobros y reclamaciones que se financian con los recursos del Fosyga dentro del SGSS siendo que el pago es una actividad a cargo del administrador fiduciario de tales recursos función que actualmente le corresponde a la ADRES en calidad de ordenador del gasto de dichos recursos y resaltó que la UT Nuevo Fosyga no dispone ni dispuso sobre los recursos del Fosyga que son sobre los cuales se surte el reconocimiento económico de los recobros por prestaciones no incluidas en el POS.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: Limitación de competencia de la jurisdicción ordinaria Laboral para resolver sobre la responsabilidad de las sociedades que conforman la Unión Temporal Nuevo Fosyga, inexistencia de la obligación de pago con recursos propios por parte de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, cumplimiento estricto de obligaciones de orden legal y contractual, no configuración de daño antijurídico e inexistencia de falla de servicio, inexistencia de culpa en cabeza de unión temporal nuevo Fosyga, culpa exclusiva de la víctima – EPS demandante, inexistencia de enriquecimiento sin causa prescripción del

derecho, excepción genérica de pago a través de mecanismos ordinarios excepcionales.

Mediante auto del 4 de mayo de 2018, notificado por estado el día 7 del mismo mes y año, se admitió el llamamiento en garantía de Allianz Seguros S.A., quien contestó la demanda manifestando oponiéndose a las pretensiones manifestando que si la EPS llegare a demostrar que le asistía derecho y que el mismo no estaba prescrito ninguno de los demandados salvo el Ministerio de Salud y protección Social a través del Fosyga hoy Adres serían los responsables del reembolso o pago de los recobros que se dice no le fueron pagados en el trámite administrativo adelantado.

En cuanto al llamamiento en garantía señaló que era cierto que expidió la cláusula de responsabilidad Civil Extracontractual General Número 021399662/0 en cuya carátula aparece como tomador y asegurad Carvajal S.A. con vigencia del 30 de julio de 2012 al 29 de julio de 2013, pero que debía tenerse en cuenta que no era parte del contrato suscrito entre el Ministerio de Salud y Protección Social y la UT Nuevo Fosyga y que no se trataba de un seguro de cumplimiento ni de garantía. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción judicial esgrimida por la EPS demandante, inexistencia de responsabilidad y de solidaridad alguna a cargo de la llamante en garantía Carvajal Tecnología y Servicios S.A. y la oficiosa y frente al llamamiento en garantía propuso las de: Delimitación contractual del riesgo – Acto profesional incorrecto del asegurado, prescripción de la

acción proveniente del contrato de seguro, sujeción a las condiciones del contrato de seguro y la oficiosa.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a pagar a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A., el monto de Tres Mil Quinientos Veintiocho Millones Setecientos Cincuenta y Ocho Mil Setecientos Once Pesos con Setenta y Siete Centavos (\$3.528.758.711.77) por concepto de Nueve Mil Doscientos Treinta y Dos (9.232) recobros de los solicitados en la demanda por servicios, medicamentos e insumos no POS, prestados entre enero de 2009 y agosto de 2011 y que fueron auditados por la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA en paquetes 1011 de octubre de 2011, 112 de enero de 2012, 212 de febrero de 2012 y 312 de marzo de 2012, discriminados en el archivo PDF adjunto a esta providencia, valor que será indexado al momento de su pago tomando para ello los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, esto es, como el índice inicial el de ejecutoria de esta providencia y como índice final el vigente para la fecha del pago efectivo de la condena.

SEGUNDO: Absolver a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, de las demás pretensiones que no fueron acogidas en esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación propuestas por la pasiva respecto de los nueve mil doscientos treinta y dos (9232) recobros acogidos y por el resultado de la litis se abstiene el despacho de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto del recobro No. 24728487 por valor de Doscientos Ochenta y Siete Mil Doscientos Cincuenta y Cinco pesos (\$287.255).

QUINTO: ABSOLVER AL CONSORCIO SAYP 2011 y a la UNION TEMPORAL NUEVO FOSYGA, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra, así como también se absuelva a la llamada en garantía Allianz Seguros S.A., por las razones expuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de la instancia a la ADRES y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por Secretaría.

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que como en este caso la fecha de prestación de los servicios acaeció entre enero de 2009 y agosto de 2011, la normatividad

que regulaba tales asuntos comprendía entre otras la resolución No. 5261 de 1994, el acuerdo 08 de 2009 y 29 de 2011 emanado de la CRS, la Resolución 3099 de 2008 y el Decreto 1281 de 2002, así señaló que lo pretendido por la EPS Sanitas era el pago de 9.247 cuentas de cobro, las cuales hacían referencia a 15.414 ítems, no obstante, mediante escrito de fecha 30 de septiembre de 2019, la apoderada de EPS Sanitas desistió de 13 recobros que corresponden a 28 ítems por cuanto fueron pagados efectivamente por lo que fueron excluidos del debate procesal, continuándose entonces con la reclamación de 9234 recobros.

De los anteriores recobros, encontró que frente al No. 24753535 (\$288,799), la glosa expedida fue porque el medicamento y/o servicio médico objeto de la solicitud de recobro no correspondía al ordenado por el fallo de tutela o al autorizado por el comité, sin embargo, como frente al mismo solo se allegó la imagen del fallo de tutela no existía soporte del servicio médico prestado por lo que no era posible ordenar su pago, quedando así 9233 recobros que tenían glosa única de extemporaneidad y frente a los que no era materia de discusión la efectiva prestación de servicios de salud dada la misma glosa efectuada, señalando frente a estos que si era procedente su reclamación vía judicial pues su no presentación dentro del término señalado en la norma de 6 meses no acarreaba la extinción del derecho sino la imposibilidad de reclamarlas por vía administrativa después de ese término, conforme se exponía en la sentencia de la Corte Constitucional C - 510 de 2004, por lo que lo demás

debía verificarse era a través del medio exceptivo de la prescripción establecido en las normas laborales.

En ese orden, puntualizó que revisada la base de datos obrante en medio magnético visible a folio 308, se evidenciaron las respuestas a los formatos de recobro radicados (MYT01 y MYT02), de fechas 22 de mayo de 2012, 23 de marzo de 2012, 3 de mayo de 2012 y 14 de junio de 2012, señalando que a partir de ese momento empezó a correr nuevamente el término de prescripción de 3 años, encontrando solo 1 recobro prescrito correspondiente al No. 2778487 por valor de \$287.255, siendo que la demanda se presentó el 25 de julio de 2014, precisando que el fenómeno de la prescripción se interrumpió desde la prestación del servicio hasta la respuesta a la reclamación administrativa y desde dicha data hasta la fecha de presentación de la demanda.

Por lo anterior, determinó que no se declararía probada la excepción de prescripción respecto de 9232 recobros, ordenando el pago de \$3.528.758.711,77 suma que debería ser indexada a partir de la ejecutoria de la sentencia pues las cuentas de recobro fueron objetadas por extemporaneidad lo que impedía que su pago se diera por vía administrativa de manera que su exigibilidad se predicaba era a partir de la sentencia judicial.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la ADRES interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no se habían tenido en cuenta los argumentos expuestos relacionados con que a los recobros objeto de litigio se les impuso como glosa mayoritaria la extemporaneidad, esto de conformidad con lo dispuesto en los artículo 3 y 13 del decreto Ley 1281 2002 y sustentado en el artículo 15 de la resolución 3099 de 2008, por lo que los recobros debían presentarse dentro de los 6 meses siguientes a partir de la prestación del servicio y por tanto no podría efectuarse su reconocimiento con posterioridad al término establecido, sin que existiera otro tipo de glosa cuando había una demora en la radicación de los recobros después de la prestación del servicio.

Adicionalmente, señaló que se pudo constatar que la prestación del servicio de alguno de los recobros objeto de la litis se realizó en el año 2009 y la fecha radicación del recobro se realizó en el año 2013, es decir, cuatro años después de la prestación del servicio por lo que había operado el fenómeno de la prescripción, resaltando que no existía norma general que previera la prescripción extintiva del derecho esto significaba que no había prescripción sustantiva sino que lo que existía era una prescripción de la acción y esto era lo que consagraban las normas del C.S.T y del C.P.T y S.S. por lo que se debería evaluar la forma en que se determinó la prescripción por el juzgado.

Finalmente, aludió que debía considerarse la responsabilidad que recae sobre el Consorcio Sayp 2011 y la Unión temporal Nuevo Fosyga, pues las obligaciones contractuales se predicen respecto de sus integrantes y como estos fueron los encargados de realizar el proceso de auditoría integral como ejecutores del trámite al efectuar la revisión médica jurídica y financiera de los recobros concurriendo así su accionar en el resultado final del reconocimiento o no del pago de las tecnologías en salud que fueron condenadas.

Por su parte, la apoderada de la Unión Temporal Nuevo Fosyga, manifestó que la obligación de pago de los recobros no incluidos en el POS recaía exclusivamente en cabeza de la ADRES como administradora de los recursos del sistema general de Seguridad Social en salud y no en terceros como su representada pues solo fueron contratistas del Ministerio de salud y protección social cuya labor consistió en realizar la auditoría de los recobros en virtud del objeto pactado en el contrato número 055 de 2011, para lo cual no contaban con ningún tipo de discrecionalidad pues debían sujetarse a la normatividad vigente procesos, seguimientos e instrucciones impartidas por su contratante, precisando que el reconocimiento en vía judicial de los recobros no podía ser interpretado como un error de la auditoría pues esta situación podía obedecer como en el presente caso a que el juez estimara que pese al no cumplimiento de los requisitos en vía administrativa era viable su pago en sede judicial.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si la EPS demandante tiene derecho al pago de los recobros requeridos.

En esa medida, se realizará un recuento normativo, respecto a las normas que rigen el asunto, empezando por señalar que la Ley 100 de 1993, creó el “*Sistema de Seguridad Social Integral*”, con la finalidad de garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad, con el fin de brindar una calidad de vida de acuerdo con los postulados constitucionales, mediante la protección de las contingencias que la afecten, y estando sujeta a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación.

A su vez el Art. 156 de la Ley 100 indica las características básicas del Sistema de Seguridad Social en Salud, estableciendo en su literal c), que “*Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud.*”

Entre tanto, el artículo 7.º del Decreto 806 de 1998, prevé que el Plan Obligatorio de Salud: “*Es el conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al Régimen Contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está*

obligada a garantizar a sus afiliados las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y Entidades Adaptadas, EAS, debidamente autorizadas, por la Superintendencia Nacional de Salud o por el Gobierno Nacional respectivamente, para funcionar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

No obstante, cuando un servicio médico, procedimiento y/o los medicamentos no se encuentren incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, está en la obligación de brindarlo, y presentar ante el FOSYGA hoy a la ADRES¹ la cuenta de recobro.

Frente a este último tema, el artículo 7° del Decreto 1281 de 2002, previó lo siguiente: *“las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias”*.

A su turno el artículo 111 del Decreto-Ley 19 de 2012, modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO 111. TÉRMINO PARA EFECTUAR CUALQUIER TIPO DE COBRO O RECLAMACIÓN CON CARGO A RECURSOS DEL FOSYGA. El artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, quedará así:

Término para efectuar cualquier tipo de cobro o reclamación con cargo a recursos del FOSYGA. Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban

¹ Ver artículo 6 Ley 1753 de 2015, artículo 9 Decreto 1429 de 2016 y artículo 2.6.4.3.5.1.4 del Decreto 780 de 2016.

atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda.

PARÁGRAFO 1. *Por una única vez, el FOSYGA reconocerá y pagara todos aquellos recobros y/o reclamaciones cuya glosa aplicada en el proceso de auditoría haya sido únicamente la de extemporaneidad y respecto de la cual el resultado se haya notificado a la entidad reclamante y/o recobrante, antes de la entrada en vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya, previa nueva auditoría integral, que deberá ser sufragada por la entidad reclamante o recobrante, según sea el caso, en los términos y condiciones que para el efecto fije el Ministerio de Salud y Protección Social.*

(...)"

Adicionalmente, el artículo 23 del Decreto 4747 de 2007, reguló la posibilidad que las entidades responsables de pago de servicios de salud presentaran inconformidades que afecten total o parcialmente la factura y su trámite:

“TRÁMITE DE GLOSAS. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando este sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

“El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud. Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas. Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley”.

La normativa descrita, especialmente lo preceptuado en el artículo 111 del Decreto 019 de 2012 (que modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002), contempla la caducidad de la acción en 2 años, conducía a considerar que este tipo de asuntos se tramitaban bajo la égida de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, entendimiento que incluso es posible advertir de la técnica argumentativa con la que se presentaban las demandadas, la que se asociaba a la utilizada en la referida jurisdicción, lo que generó la presentación de diversos conflictos de competencia en casos como el analizado, en donde al ser el asunto asignado a esta jurisdicción (laboral), se consideraba que el mismo debía someterse al trámite contemplado en nuestros estatutos procesales y sustantivos y por ello en estos casos por ejemplo se aplicó la prescripción trienal de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante Auto 389 del 22 de julio de 2021, definió la competencia judicial para tramitar asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS (hoy PBS) y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSS, reiterando en Auto 744 de 2021, lo siguiente:

“(…)

10. Según lo resuelto en el Auto 389 de 2021, la competencia judicial para conocer asuntos relacionados con el pago de recobros judiciales al Estado por prestaciones no incluidas en el POS, hoy PBS, y por las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del SGSSS recae en los jueces contencioso administrativos, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto a través de estos se cuestiona por parte de una EPS un acto administrativo proferido por la ADRES.

11. Este tipo de controversias no corresponden a las previstas en el numeral 4° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social^[16], en la medida en que no se relacionan, en estricto sentido, con la prestación de los servicios de la seguridad social. En cambio, se trata de litigios presentados exclusivamente entre entidades administradoras y relativos a la financiación de servicios ya prestados, que no implican a afiliados, beneficiarios o usuarios ni a empleadores.”

Bajo los anteriores presupuestos y a partir de las decisiones antes relacionadas, se tiene que con posterioridad al lineamiento expuesto, para resolver este tipo de controversias resultaban aplicables las normas del contencioso administrativo que regulaban la materia, aunque de manera equivocada se hubiera definido el conflicto de competencias con la asignación del presente asunto a esta jurisdicción.

Atendiendo lo anterior y toda vez que en el presente asunto el quo determinó la prosperidad de 9232 recobros, los cuales de acuerdo con los soportes documentales allegados y lo establecido por el mismo a quo obedecen a servicios, tratamientos y medicamentos no contemplados en el POS, los cuales fueron impagados por la glosa correspondiente a que la solicitud de recobro fue presentada en forma extemporánea de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002, según se estableció en el archivo de Excel “BASE_JURIDICA_EXTEMP 3” obrante en CD que reposa a folio 308 del expediente, es decir, sin que existiera discusión sobre la prestación del servicio.

Así previo a adentrarnos a establecer si los servicios, tratamientos y/o medicamentos se encontraban o no cubiertas en el POS, conviene entrar a analizar si los recobros

se encontraban o no afectados por la figura de la caducidad, cuya aplicación se genera atendiendo lo dispuesto en el párrafo del artículo 111 del Decreto 019 de 2012, norma que era la vigente para resolver lo relacionado con los recobros siendo que la notificación del resultado del recobro y la glosa realizada se efectuó en su vigencia norma que en lo relevante para el caso señala *“(...) siempre y cuando no haya operado el fenómeno de la caducidad previsto en el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. o en la norma que lo sustituya (...)”*.

Igualmente, se aprecia que el artículo 122 ibidem, reitera la aplicación de la caducidad en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 122. Sin perjuicio de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley, cuando se presenten divergencias recurrentes por las glosas aplicadas en la auditoría efectuada a los recobros ante el FOSYGA, por cualquier causal, el Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los lineamientos o procedimientos orientados a su solución, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos, el costo de la nueva auditoría integral deberá ser sufragado por la entidad recobrante.

Cuando la glosa se origine en la inclusión en el POS de las tecnologías en salud recobradas al FOSYGA, se aplicará el concepto que para el efecto expida la Comisión de Regulación en Salud CRES, quien será la competente para determinar en forma definitiva si se encuentran o no incluidas, tanto para lo contenido en las normas expedidas por esa Comisión como para lo previsto en normas anteriores. Emitido el concepto de la CRES y efectuada la auditoría integral, en caso de ser favorables, se procederá al trámite de pago.

Para los recobros que a la entrada en vigencia del presente Decreto ley ya surtieron la auditoría integral y cuya glosa se aplicó por considerar que la tecnología se encontraba incluida en el POS, se aplicará por una sola vez, dentro del año siguiente contado a partir de la vigencia de la presente disposición, siempre y cuando no haya transcurrido el plazo de caducidad establecido para la acción de reparación directa en el Código Contencioso Administrativo.”

Verificado lo anterior y atendido la remisión expresa establecida en el artículo 111 del Decreto 019 de 2012, se

tiene que el numeral 8 del artículo 136 del CCA², establecía lo siguiente:

“(…)

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.

(…)”

Igualmente, debe indicarse que coetáneamente a la derogatoria del CCA se expidió el CPACA, el cual contempló en el literal i del numeral 2 del artículo 164, la caducidad de la acción de reparación directa, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. *La demanda deberá ser presentada:*

(…)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(…)

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

(…)”.

Como se observa las normas aludidas, contemplan la caducidad de la acción de reparación directa dentro del término de 2 años, contados a partir de la ocurrencia del hecho – acción - omisión, los cuales para el caso que nos ocupa se empezarían a contar a partir del momento en que se notificó el resultado de la reclamación del recobro, es decir,

² Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. Rige a partir del 2 de julio del año 2012.

del momento en que se efectúa la glosa, siendo que es a partir de ese momento en que se presentaría la controversia y el presunto daño pues se aduce por la demandada

Bajo el anterior marco se procedió a analizar si cada uno de los recobros reclamados se encontraban afectados por la caducidad, así, se encontró que considerando la fecha en que se notificó el resultado del recobro, es decir, la glosa y su no aceptación, debiéndose en este punto mencionar que para el caso no existe discusión ocurrieron el 28 de marzo de 2012 (recobros paquete 0112), 3 de mayo de 2012 (recobros paquete 0212), 22 de mayo de 2012 (recobros paquete 312) y 14 de junio de 2012, tal y como lo acepta la misma EPS demandante en su escrito de demanda y dan cuenta los oficios obrantes en la subcarpeta “oficios” de la carpeta “Respuesta Recobros-Formato-MYT”, se concluye que la acción para reclamar los recobros ordenados había caducado, siendo que la demanda se presentó el 27 de julio de 2014, aspecto que incluso cobija el recobro que se aludió por el a quo frente al que no se acreditó la prestación del servicio y por supuesto al que se le aplicó la prescripción, por lo que resulta fútil su análisis, así como lo relacionado con la responsabilidad del Consorcio SAYP 2011 y la Unión Temporal Nuevo Fosyga y la llamada en garantía Allianz Seguros S.A. dadas las resultados del proceso.

En consecuencia, se procederá a revocar la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a las demandadas especialmente a la ADRES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la EPS SANITAS, bajo las consideraciones antes expuestas.

Costas en ambas instancias a cargo de la EPS demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de julio de 2021, en el sentido absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la EPS SANITAS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de la EPS demandante. .

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

**MARLENY RUEDA OLARTE****MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

SALVO VOTO. En mi criterio se debió analizar el asunto con las reglas de prescripción contempladas para el procedimiento laboral

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**



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES

RADICADO: 11001 3105 023 2016 00633 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de noviembre de 2021 y a revisar la misma en grado Jurisdiccional de Consulta. La sentencia impugnada ordenó el pago de \$11.081.913 por

concepto de incapacidades ordenando en el fallo de tutela y las incapacidades pagadas desde el 15 de julio de 2013 hasta el 31 de julio de 2014 a cargo de Colpensiones, junto con los intereses moratorios desde el 03 de junio de 2014 y el recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y se absuelva de todas las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se condenará a Colpensiones a cancelarle la suma de \$2.712.208 por concepto del valor que consignó a la señora Gladys Mogollón Jaime en virtud del fallo de tutela de proferido por el Juzgado 32 Laboral del Circuito, así como, al pago de las incapacidades que canceló a la misma atendiendo la misma decisión por los siguientes periodos y valores:

#	PERIODO INCAPACIDAD		VALOR
	Inicio	Fin	
1	1/11/2013	30/11/2013	\$ 906.283
2	1/12/2013	31/12/2013	\$ 906.283
3	1/01/2014	31/01/2014	\$ 906.283
4	1/01/2014	31/01/2014	\$ 26.646 ¹
5	1/02/2014	28/02/2014	\$ 959.573
6	1/03/2014	31/03/2014	\$ 906.281
7	1/04/2014	30/04/1994	\$ 932.927

Igualmente, solicitó el pago del valor correspondiente a la suma de \$896.038 por concepto de la prima que canceló a la señora Mogollón Jaime, al pago de los intereses moratorios y a las costas y agencias en derecho.

¹ Incremento del salario.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que la señora Gladys Mogollón presentó tutela en contra de la Superintendencia Nacional de Salud y contra Colpensiones, persiguiendo el pago de incapacidades posteriores del día 180 por enfermedad, la cual fue tramitada ante el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, autoridad que tuteló los derechos y le ordenó cancelar directamente las incapacidades generadas por la aludida trabajadora luego de vencidos los 180 días de incapacidad, autorizándola para repetir contra Colpensiones por aquellos valores que debían ser asumidos por esta ya que su pago correspondía a dicha entidad.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, adujo que era parcialmente cierto el hecho 5°, que no le constaba el 8° y que eran ciertos los restantes. El fundamento factico y legal de su oposición se fundamento en que si bien el fallo de tutela autorizaba a repetir contra la entidad que tuviera a su cargo la obligación, debía tenerse en cuenta que conforme a la normatividad vigente era necesario que la EPS emitiera un concepto de rehabilitación y en la medida en que este fuera favorable ello le permitía a la EPS seguir prorrogando las incapacidades y que la AFP postergara la calificación de la invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días, evento en el cual a AFP otorgaría un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador pero si el concepto de rehabilitación era desfavorable la EPS debía

valorar la PCL para saber si tiene derecho a una pensión de invalidez y que aunque se acreditara su responsabilidad en el pago las pretensiones se encontraban prescritas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de integración de los litisconsortes necesarios, carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

En audiencia celebrada el 19 de septiembre de 2017, se dispuso la vinculación a proceso de la EPS Famisanar, entidad a la que se encontraba afiliada la señora Gladys Mogollón al momento en que se generaron las incapacidades.

La EPS Famisanar SAS, contestó sin oposición a las pretensiones y manifestando que no le constaban los hechos, el fundamento factico y legal lo sustentó en que se trataba de situaciones que no estaban directamente relacionadas con su representada advirtiendo que las pretensiones estaban dirigidas a Colpensiones y por tanto era dicha entidad quien debía pronunciarse. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de obligaciones prestacionales por parte de EPS Famisanar por incapacidades que superen los primeros 180 días, la EPS no debe asumir obligaciones que legalmente se encuentran asignadas a las administradoras de Fondos de Pensiones, improcedencia de las pretensiones de naturaleza laboral frente a EPS Famisanar SAS y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD la suma de \$11.081.913, por concepto de incapacidades correspondientes al retroactivo ordenado en el fallo de tutela y las incapacidades pagadas desde el 15 de junio de 2013 hasta el 31 de julio de 2014, conforme se estableció en la parte motiva.

SEGUNDO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES CON PENSIONES a reconocer y pagar a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD los intereses moratorios de qué trata el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, los cuales empiezan a correr desde el 3 de junio de 2014 hasta el momento del pago de la obligación aquí ordenada intereses moratorios que corresponderán a la misma tasa de interés por mora establecido para los tributos que administra la Dian es decir en 30,78% que corresponde al interés bancario corriente incrementado en un 50%.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada en los términos indicados en la parte considerativa.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada COLPENSIONES y a favor de la demandante.

QUINTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda en los términos indicados en la parte considerativa.

SEXTO: Así sea apelado esta decisión remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para surtir el grado jurisdiccional de consulta en los términos del artículo 69 del CPL dado que esta decisión resulta desfavorable a las pretensiones de Colpensiones.

SEPTIMO: ABSOLVER a la convocada como litisconsorcio necesario EPS FAMISANAR SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES conforme a las consideraciones expuestas.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probados los pagos realizados por conceptos de incapacidades entre julio de 2013 a julio de 2014, por parte de la Superintendencia Nacional de Salud a la señora Gladys Mogollón Jaime conforme daban cuenta las documentales obrantes a partir del fl. 37, acto seguido señaló que la regulación aplicable a las incapacidades estaba contenida en el Decreto 2943 de 2013, la ley 100 de 1993, el decreto 019

del 2012, la ley 1753 de 2015 y la sentencia T- 144 de 2016, según los cuales el pago de incapacidades expedidas entre el día 3 al día 180, estaba a cargo de EPS y el trámite para su reconocimiento estaba a cargo del empleador, señalando sobre el concepto de rehabilitación favorable que el mismo debía emitirse antes del día 120 de incapacidad y remitirse a la AFP antes del día 150 de incapacidad precisando que en los eventos en que las EPS no cumplieran con esto les correspondería pagar con sus propios recursos el subsidio desde el día 181 hasta que se emitiese dicho concepto.

Subsiguientemente, indicó que en caso de concepto favorable la AFP tendría que postergar el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendarios adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal y que en este evento se generaría el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando del trabajador el cual estaría a cargo de la AFP y a partir del día 540 deberían ser reconocidas por la EPS con cargo a la ADRES.

Así concluyó que como quiera que obraba el concepto de rehabilitación expedido por la EPS Famisanar del 20 de mayo del 2013, así como la documental de remisión del mismo para el reconocimiento pensional, resultaba claro que quien debía responder por el pago era el fondo de pensiones y concluyo señalando que atendiendo lo expuesto en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, se generaba el pago de intereses moratorios y también aludió que tales conceptos no se vieron afectados por el fenómeno de la prescripción siendo que el

reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en un término de 3 años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago y en este caso ello acaeció con la Expedición de la resolución el 3 de noviembre de 2013 y la demanda se presentó el 5 de septiembre del 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que para el reconocimiento y pago de las incapacidades debía tenerse en cuenta el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, según los cuales la obligación en el reconocimiento y pago de la prestación no solo le competía a su representada sino también a la EPS en donde se estuviera afiliado, por lo que en este caso debía declararse la responsabilidad de Famisanar EPS y además había operado el fenómeno prescriptivo siendo que las pretensiones de la demanda se fundamentan en la decisión adoptada en un fallo de tutela emitido el 17 de septiembre del 2013, transcurriendo así más de los 3 años establecidos en la normatividad vigente.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la

Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinara si la entidad demandante tiene derecho al pago de las incapacidades reclamadas.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que mediante fallo de tutela expedido el 17 de septiembre de 2013, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., tuteló los derechos de la señora Gladys Mogollón Mejía y ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud que en el término de 48 horas procediera a pagar las incapacidades superiores a 180 días de su trabajadora y la autorizó para repetir contra Colpensiones por aquellos valores; ii) que mediante Resolución No. 002145 del 5 de noviembre de 2013 “Por la cual se ordena el cumplimiento de un fallo de tutela”, la Superintendencia Nacional de Salud, procedió a reconocer la suma de \$2.712.208 por concepto de las incapacidades superiores a 180 días generadas entre el 15 de julio de 2013 y el 30 de octubre de 2013 y iii) que el 15 de noviembre de 2013, se efectuó el pago a la señora Mogollón Mejía.

Ahora bien, en los supuestos fácticos del asunto se alude que se continuaron efectuando los pagos de incapacidades superiores a 180 días hasta mayo de 2014, aspecto que no fue cuestionado por Colpensiones al dar contestación a la demanda, no obstante, la SNS reclaman el pago de incapacidades hasta abril de 2014, aspecto que resulta relevante en la medida en la que encontró que se pagaron incapacidades de este tipo (superiores a 180 días) hasta julio de 2014 y hasta tal data ordenó su reembolso, sin embargo,

no puede pasar por alto esta sala que además de que no obraban los certificados de expedición de incapacidades que permitieran establecer que se generaron a la trabajadora tales prestaciones en los meses de mayo, junio y julio de 2014, las facultades ultra y extra petita solo proceden respecto del trabajador, razón por la cual solo es factible considerar como expedidas y pagadas las incapacidades hasta mayo de 2014.

Precisado lo anterior, conviene traer a colación lo expuesto recientemente por la Corte Constitucional en sentencia T-265 de 2022, en tanto en la misma se efectúa el recuento normativo aplicable para el reconocimiento y pago de incapacidades, señalando lo siguiente:

“(…)

En virtud de lo consagrado en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001^[52], uno de los factores determinantes para definir el monto y la responsabilidad de pago de las incapacidades producto de enfermedades de origen común, es el tiempo de duración de estas.

*En este sentido, encontramos, por un lado, las incapacidades de una duración de hasta 180 días contados a partir del hecho generador de esta, en cuyo caso se reconoce el pago de un **auxilio económico**. Por otro lado, cuando la incapacidad supera los 180 días, a partir del día 181 se aplica la figura de pago del conocido **subsidio de incapacidad**.*

Una vez determinada la figura aplicable a las incapacidades de hasta 180 días o superiores, es preciso indicar la obligación de pago en cada caso. Al respecto la jurisprudencia ha distinguido 4 escenarios, así:

- A. *Conforme a lo contenido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, el empleador será el encargado de asumir el pago de las incapacidades durante los días **1 y 2**.*
- B. *Si la incapacidad supera el día 2, el artículo antes citado dispone que a partir del día **3** y hasta el día **180** la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador.*
- C. *Por otra parte, si la limitación laboral del trabajador, emitida a través de una incapacidad, es mayor a los 180 días, a partir del día **181** y hasta los **540** días, el pago de este tipo de prestaciones económicas está a cargo de los fondos de pensiones, en virtud de la facultad que el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 otorga a estos para “postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS”.*

La Corte ha destacado que esta situación fáctica, como regla general, tiene una excepción consistente en que la EPS debe emitir el concepto de rehabilitación del afiliado antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Así pues, si pasados 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, “será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto”. De manera que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya omitido el deber de emisión y envío del concepto de rehabilitación correspondiente.

- D. Finalmente, en el escenario de aquellas personas que i) contaban con un concepto favorable de rehabilitación, ii) calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y iii) continuaban con incapacidades superiores a los 540 días, la jurisprudencia constitucional había considerado un déficit de protección previo a la promulgación de la Ley 1753 de 2015.

En este sentido, en sentencia T-468 de 2010, esta corporación había reconocido la existencia de múltiples eventos en los que una afectación a la salud de los trabajadores llevaba a las EPS a certificar incapacidades superiores al tiempo estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social, ya que las limitaciones físicas no permitían determinar una pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, pero la imposibilidad de retomar las actividades laborales continuaba. Por tanto, el trabajador quedaba en un estado de desamparo y desprotección sin los medios necesarios para subsistir por no contar con una garantía de pago de incapacidades superiores a los 540 días ni poder acceder a una pensión de invalidez.

5.2. Ahora bien, la expedición de la Ley 1753 de 2015 supuso una solución al déficit de protección antes referido. Así, el artículo 67 de dicha normatividad dispuso que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[a]l reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.**” (Negrita propia)

5.3. Con todo, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en considerar que, a partir de la vigencia del artículo 67 de Ley 1753 de 2015, “en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a **540** días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado”.

Al respecto resulta pertinente mencionar que dentro de las pruebas allegadas obra concepto favorable de rehabilitación efectuado por la EPS Famisanar a la señora Gladys Mogollón el 20 de mayo de 2013 y comunicación de remisión del mismo a Colpensiones de fecha 13 de junio de 2013, con planilla de envío por Servientrega de fecha 27 de junio de 2013, lo que

conduce a considerar que pese a que no se cumplió con la obligación de emitir y remitir el concepto de rehabilitación en los periodos establecidos en la norma², lo cierto es que tal trámite en todo caso se surtió antes del día 181 de incapacidad, resultando claro que la situación de la trabajadora fue conocida en forma previa por el fondo de pensiones y con antelación suficiente para adoptar las medidas pertinentes frente a la situación de la afiliada, bajo tales presupuestos resulta evidente que quien debe reconocer las incapacidades superiores a 180 días es Colpensiones.

Ahora bien, en forma previa a determinar los valores a reconocer resulta pertinente analizar la prescripción, debiendo para ello considerarse que la obligación de pagar las incapacidades le fue impuesta a la Superintendencia, con el fallo de tutela expedido el 17 de septiembre de 2013, con posibilidad de repetir ante Colpensiones, siendo que la obligación establecida en cabeza del empleador correspondiente a adelantar el trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias se genera cuando estas están a cargo de la EPS, conforme se desprende del artículo 121 del Decreto 019 de 2012.

En ese orden, y toda vez que existe norma que regula la prescripción en materia de reembolso de incapacidades, que es lo que se pretenden en ese caso, se acudirá a la misma a efectos de establecer lo que dispone, así tenemos que el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, establece:

² siendo que conforme a la certificación obrante en el expediente y expedida por la EPS FAMISANAR, el día 180 de incapacidad se cumplió el 14 de julio de 2013, por lo que el día 14 de junio de 2013, se cumplió el día 150 de incapacidad y el día 14 de mayo de 2013, se cumplió el día 120 de incapacidad

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

Como se advierte la anterior norma contempla la prescripción del reembolso de las prestaciones económicas en el término de 3 años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente a la trabajadora, en este caso se aprecia que el pago del subsidio por las incapacidades generadas entre el 15/07/2013 y el 31/10/2013, se efectuó el 15 de noviembre de 2013, según da cuenta el comprobante expedido por Bancolombia (fl. 36), el comprobante de obligación presupuestal expedido por la SNS (fl. 37) y la liquidación de impuestos base para orden de pago (fl. 38), de otra parte, se observa que el pago del subsidio por las incapacidades entre los meses de noviembre de 2013 y mayo de 2014, se efectuó mensualmente en la nómina según dan cuenta los desprendibles de nómina visibles a folio 39 y ss. y la certificación expedida por la coordinadora de talento humano de la SNS, en ese orden se tiene que no habían pasado 3 años desde que la Superintendencia Nacional de Salud pagó las incapacidades y presentó la demanda, situación que acaeció el 5 de septiembre de 2016 (fl. 52).

Así las cosas y atendiendo la precisión efectuada en líneas anteriores, relacionada con que solo era posible efectuar el reconocimiento de las incapacidades hasta abril de 2014, se procederá a modificar el valor a reconocer en la suma de **\$8.229.838**, que se descompone así: \$2.712.208 por

concepto del valor pagado por subsidio por las incapacidades generadas entre el 15/07/2013 y el 31/10/2013 y el valor restante conforme al siguiente cuadro:

#	PERIODO INCAPACIDAD		VALOR
	Inicio	Fin	
1	1/11/2013	30/11/2013	\$ 906.283
2	1/12/2013	31/12/2013	\$ 906.283
3	1/01/2014	31/01/2014	\$ 906.283
4	1/02/2014	28/02/2014	\$ 959.573
5	1/03/2014	31/03/2014	\$ 906.281
6	1/04/2014	30/04/1994	\$ 932.927
TOTAL			\$ 5.517.630

En cuanto a la condena de intereses moratorios, debe acudirse a lo dispuesto en el **artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016** que compiló lo señalado en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, de acuerdo con el cual se establecen unos periodos dentro de los que se debe realizar el pago de las prestaciones económicas por las EPS y EOC al empleador y/o aportante, así como, se contempla el pago de intereses moratorios en el evento de no realizarse el pago de la prestación dentro de los periodos allí definidos, así se tiene que el artículo en mención señala:

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

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

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen

Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

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.*

(Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011)."

De igual forma y toda vez que frente a los intereses moratorios, la norma antes citada nos remite al **artículo 4 del Decreto 1281 de 2002**, se acudirá al mismo a efectos de advertir lo que este dispone:

"ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS. *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."*

Así las cosas y teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas antes mencionadas, se tiene que se debe cancelar en forma directa al aportante las incapacidades y/o licencias, debiéndose para ello presentar la solicitud de reconocimiento por parte del empleador y/o aportante, luego la EPS dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la reclamación procederá con la revisión y liquidación de las mismas, así como procederá con la autorización o no de ésta, advirtiéndose que en el evento en que la incapacidad fuera autorizada debería pagarse dentro de los 5 días hábiles siguientes, de manera que el no pago dentro del periodo señalado, esto es, 20 días hábiles contados a partir de la reclamación presentada por el empleador y/o aportante, generaba sanciones, correspondientes a intereses de mora

liquidados a la tasa de interés moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN.

Como se observa, la norma es clara en establecer a partir de qué momento se causan los intereses dado que el plazo contemplado para el trámite de pago de incapacidades como se dijo estaba expresamente regulado en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016 y la consecuencia de pretermittir el mismo.

En ese orden de ideas y toda vez que se observa que la reclamación presentada ante Colpensiones reclamando particularmente las incapacidades aquí solicitadas, se presentó el 3 de junio de 2014, se tiene que los 20 días hábiles que establece la norma fenecieron el 3 de julio de 2014, por lo que los intereses correrían es a partir del 4 de julio de 2014 y no desde la fecha señalada por el a quo, por tanto, así se modificara la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de noviembre de 2021, en el

entendido que la condena asciende a \$8.229.838, correspondiente al pago de las incapacidades ordenadas en el fallo de tutela y a las generadas con posterioridad hasta el mes de abril de 2014, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de noviembre de 2021, en el entendido que los intereses moratorios ordenados empezaran a correr a partir del 4 de julio de 2014, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. 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 MARTHA
LEONOR CORDOBA SALAMANCA CONTRA
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 024 2020 00164 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Iván Darío Cifuentes Martin, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.023.872.033 y tarjeta profesional No. 241.846 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de noviembre de 2021 y a revisar la misma en grado Jurisdiccional de Consulta. La sentencia impugnada declaró la ineficacia del traslado al RAIS y ordenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos y los recursos de apelación tienen por objeto de una parte que se absuelva a Protección S.A. de la condena por devolución de gastos de administración y seguros previsional, se de aplicación a la prescripción frente a los mismos y de otra la revocatoria total de la decisión en cuanto no demostró vicio de consentimiento alguno.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones. En su escrito el apoderado de la demandante reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia y trajo a colación los precedentes vigentes en la materia solicitado con ello confirmar la decisión dado que se cumplieran los presupuestos allí establecidos. Por su parte, el apoderado de Colpensiones adujo que el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones era un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y a la AFP Protección S.A., que con la decisión

se estaría afectado gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, que en el evento de acreditarse que la AFP faltó a su deber legal de información debía ser esta quien se encargara de la diferencia y del reconocimiento pensional y que dentro del expediente no obraba prueba relacionada con que se estuvieran en presencia del mismo.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad de la afiliación que realizó en el RAIS a través de Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenará a Protección S.A., trasladar al RPM administrado por Colpensiones, todos los recursos de su cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos y demás dineros y a Colpensiones a recibirla como afiliada y beneficiaria del RPM y a recibir los aportes y rendimientos a que hubiere lugar, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 15 de febrero de 1960; que se vinculó al ISS en enero de 1981; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por Colmena hoy Protección S.A., en el mes de agosto de 1995, sin que se le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que se trataba de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, destacando que el formulario de vinculación que suscribió la señora Martha Leonor Córdoba se realizó en forma libre y espontánea, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento

Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 haciéndose imposible tenerla como afiliada al RPM pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones, de igual forma, señaló que debía considerarse que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen atendiendo a la información brindada

por los asesores de la AFP sin que con las pruebas allegadas se demostrara que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegara a invalidar la misma.

Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de noviembre de 2021, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación a la señora MARTHA LEONOR CORDOBA SALAMANCA al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., suscrita el 31 de agosto de 1995 de conformidad con las razones expuestas en parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARTHA LEONOR CORDOBA SALAMANCA nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA LEONOR CORDOBA SALAMANCA como cotizaciones, bonos pensiones, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señora MARTHA LEONOR CORDOBA SALAMANCA como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.

SEPTIMO: En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación y los demás documentos allegados no constituían un elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

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

El apoderado de **Protección S.A.**, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida, en lo relacionado con la condena por gastos de administración y del

seguro previsional atendiendo lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil en lo que tiene que ver con las restituciones mutuas, lo manifestado en sentencias de radicación No. 31989 de 2008 y SL2324-2019 así como el Decreto 2555 de 2010, mencionando que las administradoras privadas de pensiones frente a estas condenas se ven imposibilitadas en efectuar la devolución o el cobro de tales conceptos y que en todo caso frente a los mismos resultaba aplicable la prescripción.

Por su parte, el **apoderado de Colpensiones**, solicitó la revocatoria total de la decisión en tanto que la juez de instancia toma la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que la administradora de fondo de pensiones demandada no demostró que la asesoría brindada frente a las características del RAIS fue completa clara y transparente sin embargo se desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia de la inversión de la carga de la prueba (T-422 de 2011), siendo que la Corte Suprema de Justicia dispuso en qué casos particularmente había de tomarse las actitudes de los afiliados como verdadero entendimiento, debiéndose revocar la decisión pues dentro del trámite probatorio no se demostró que se hubiera presentado algún vicio de consentimiento al momento en que la demandante decidió su traslado de régimen sino que por el contrario queda debidamente acreditado que su afiliación a la administradora de fondo de pensiones fue espontánea libre y voluntaria.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena S.A hoy Protección S.A., el 31 de agosto de 1995 (fl. 23 archivo 06 expediente digital), comunicación de la misma fecha dirigida a su empleador informando sobre tal elección (fl. 24 archivo 06 expediente digital), tramite de bono pensional (fl. 71 y ss. archivo 06 expediente digital) y reporte de vista al afiliado programa de solución integral (fl. 80 archivo 06 expediente digital).

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 a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, aspectos de los que tampoco dan cuenta los demás documentos allegados y tampoco es factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y del seguro previsional, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias 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 último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MYRIAN ELENA
RUIZ ZALDUA CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 026 2020 00423 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós
(2022).

AUTO

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de abril de 2022. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y ordenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes recibidos.

En esta instancia se allegaron alegatos por Colpensiones, en los que solicitó absolver a su representada de las pretensiones siendo que no era procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP era nulo, toda vez que obraban dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevaban a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen, también resaltó que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento alguno y en esa medida no se configuraban los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que

realizó al RAIS administrado por Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara que para todos los efectos legales permaneció como afiliada al RPM administrado por Colpensiones y a Protección S.A., a trasladar todos los aportes realizados en el RAIS a Colpensiones junto con los intereses y rendimientos y al pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 14 de septiembre de 1969; que se afilió al ISS el 19 de octubre de 1988; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por Protección S.A., el 27 de julio de 2001, sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional y que cuando cumplió los 47 años se encontraba afiliada a Protección S.A., la cual debió valorar la posibilidad de regreso a Colpensiones antes del cumplimiento de dicha edad siendo que ya contaba con 1417 semanas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que se trataba de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, destacando que el formulario de vinculación que suscribió la señora Myrian Elena Ruiz Zaldúa se realizó en

forma libre y espontánea, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento

Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos y refiriendo que no le constaban otros. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que no le era posible hacer un pronunciamiento expreso con allanamiento u oposición, toda vez que desconocían las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS, además, porque el traslado realizado por la parte actora a la AFP se presumía no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido, razón por cual la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia acaecido en el trámite de traslado alegado por el interesado debería probarse en el proceso.

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de abril de 2022, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MYRIAM ELENA RUIZ ZALDUA, al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de septiembre de 2001, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a el fondo de pensiones PROTECCIÓN, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y tal presupuesto tampoco se encontró acreditado de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 27 de julio de 2001.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones (fl. 23 archivo 13 expediente digital, 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 y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias 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 último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

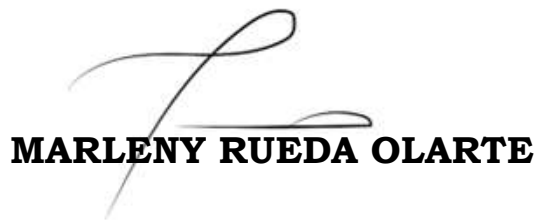
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de abril de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JEANNE
MARITZA FLOREZ MARTINEZ CONTRA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 030 2019 00205 02

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2021. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de la parte actora, Porvenir S.A., Colpensiones y la UGPP. En su escrito la apoderada de la parte actora, indicó que la procedencia de las pretensiones se evidenciaba en la medida en que Porvenir S.A. omitió su deber legal de informar a la afiliada para que esta pudiera tomar una decisión de manera libre, consciente y voluntaria al momento de efectuar su vinculación al RAIS.

Por su parte, el apoderado de Porvenir S.A. indicó que el a quo dio por demostrado sin estarlo que la demandante no fue informada sobre la ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales con el argumento que no se demostró la asesoría, restándole medio probatorio al formulario de afiliación siendo el único documento exigido para la afiliación de la actora con mi representada conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, igualmente alude que el vicio de consentimiento indilgado por el despacho no se efectuó en analogía con el artículo 1508 del C.C. pues para ello el vicio ha debido ser demostrado por la parte demandante de modo que la sentencia partió de un supuesto al concluir que Porvenir no le dio la información a la demandante a sabiendas que para el momento la asesoría eran de manera verbal.

A su turno, el apoderado de Colpensiones señaló que las sentencias condenatorias que ordenan a Colpensiones a recibir a los afiliados del RAIS imparten una justicia incompleta ya que reconoce el derecho del afiliado a retornar al RPM pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de

Colpensiones quien se ve obligado aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos del afiliado, es decir, que estarían siendo condenados por un hecho que no cometieron o sin que exista una causa generadora que pruebe que la entidad que la causante del traslado y la falta de información durante la afiliación al RAIS, arguyendo que si se demostraba durante el proceso que existió omisión en la falta de información de parte del fondo privado debía ser este quien debía asumir conforme a las normas del RPM el reconocimiento pensional, siendo que se buscaba proteger los dineros que se encuentran en la bolsa común de Colpensiones y por tanto debía ser absuelta de recibir el traslado.

Finalmente, el apoderado de la UGPP, mencionó que la demandante se encontraba afiliada y cotizando con la extinta Cajanal y su traslado fue libre, consciente y voluntario a Porvenir S.A., resaltando que además la actora no contaba con la edad ni semanas cotizadas para ser beneficiaria del régimen de transición y que tampoco podría accederse a lo pretendido toda vez que al momento en que se realizó la solicitud de traslado le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y que en todo caso de darse la prosperidad de las pretensiones no era la competente para el pago de lo pretendido.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia del traslado de régimen que realizó al

RAIS administrado por Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Protección S.A., a trasladar los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos realizados en el RAIS a Colpensiones y a Colpensiones a recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada desde el 4 de diciembre de 1989, igualmente reclamó el pago de costas y agencias en derecho y lo que resultare ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 9 de julio de 1967; que ingresó al RPM el 4 de diciembre de 1989; que además posee tiempos de servicios en entidades que tenían sus propias cajas de previsión social tales como Contraloría General de Santander, Fiscalía General de la Nación y Personería de Bogotá durante el periodo comprendido entre el 12 de marzo de 1992 y el 10 de octubre de 1994; que como consecuencia de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 19 de mayo de 1997, sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la contestación radicó en que no le constaba si se debía declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS con Porvenir S.A., por cuanto era dicha AFP quien debía

probar en qué circunstancias se trasladó la actora de régimen por lo que se atendería a lo que resultara probado en el proceso en cuanto al vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y declaratoria de otras excepciones.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que el traslado que efectuó la demandante al RAIS fue legalmente celebrado con la suscripción del formulario de solicitud de vinculación o traslado al RAIS en forma libre y voluntaria, que la demandante no tenía expectativa legítima sobre un régimen anterior y que como el traslado y vinculación era valido no había alugar a traslados de salados de cuenta. Propuso las excepciones de mérito que denominó: ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación e innominada o genérica.

La UGPP, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos y refiriendo que no le constaban otros. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que la demandante se encontraba afiliada y cotizando con la extinta Cajanal y su traslado fue libre, consciente y voluntario a Porvenir S.A., resaltando que además no era beneficiario del régimen de transición y en esa medida su traslado no

acarreaba la pérdida de situaciones favorables basadas en la legislación anterior y no era posible dar aplicación a las sentencias traídas a colación por el actor ya que las situaciones fácticas de los solicitantes eran distintas y que en todo caso debía considerarse que al momento de presentar la solicitud de traslado a Porvenir S.A. para trasladarse al RPM le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de vejez y no era la competente para el pago de lo pretendido. Propuso las excepciones de falta de causa e inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: Declárese NULO E INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora JEANNE MARITZA FLOREZ MARTINEZ identificada con cédula de ciudadanía No.63.336.874 de Bucaramanga (Santander) del entonces RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD administrador por la ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora JEANNE MARITZA FLOREZ MARTINEZ identificada con cédula de ciudadanía No.63.336.874 de Bucaramanga (Santander), al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de acuerdo a la motiva.

TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora JEANNE MARITZA FLOREZ MARTINEZ identificada con cédula de ciudadanía No.63.336.874 de Bucaramanga (Santander), junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es a partir del 1 de julio de 1997 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

CUARTO: *Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señora JEANNE MARITZA FLOREZ MARTINEZ identificada con cédula de ciudadanía No.63.336.874 de Bucaramanga (Santander), actualice la información en su historia laboral.*

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

SEXTO: *Absolver a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto.*

SEPTIMO: *Condénese en costas a cargo de la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Liquidense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$3.488.000, a favor de la parte demandante.*

OCTAVO: *Sin costas ni a favor ni en contra de las demandadas ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLENSIONES y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL –UGPP.*

NOVENO: *Consúltese la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y tal presupuesto tampoco se encontró acreditado de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A. el 19 de mayo de 1997.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones (fl. 164 del expediente digital), 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 y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En este punto, resulta oportuno mencionar que lo relacionado con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, aunque la demandante estuvo afiliada a Cajanal, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

“(…)

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º - ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima

media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

(...)».

De conformidad con el precedente citado y el marco normativo allí aludido, se tiene que ante la liquidación y supresión de Cajanal, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por los afiliados a los fondos privados en este tipo de asuntos.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias 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 último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LEANDRO
RODRIGO ACHICANOY ERAZO CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 024 2020 00115 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Iván Darío Cifuentes Martín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.023.872.033 y tarjeta profesional No. 241.846 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de diciembre de 2021 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia impugnada condenó a la demandada al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y el recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y se absuelva de las condenas siendo que el magisterio ya le había efectuado reconocimiento pensional.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes. En su escrito la apoderada de la parte actora aludió que su representado tenía derecho a que le fueran reconocidas y cancelada la indemnización sustitutiva por cuanto los aportes en los que se fundamentaban, correspondían a varios años de trabajo por contratos laborales, eminentemente privados y que no fueron tenidos en cuenta para financiar la pensión de Jubilación.

Colpensiones indicó que atendiendo lo establecido en Ley 4 de 1992 o cuando estuvo vigente la Ley 60 de 1993 y en el Decreto 1278 de 2002, al actor no le correspondía la indemnización sustitutiva, toda vez que la Secretaria de Educación Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció y ordeno el pago de una pensión de jubilación, a partir del 6 de noviembre de 2012, es decir con posterioridad

al 18 de mayo de 1992, (fecha de entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992), razón que impide acceder a lo pretendido ya que resultaba incompatible con la prestación que venía devengando.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que tenía derecho a que la demandada le reconociera la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por las semanas cotizadas al RPM con los reajustes de ley y al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 5 de noviembre de 1957; cotizó un total de 923,86 semanas al RPM; que mediante Resolución No. 8373 de 2013, la Secretaria de Educación de Bogotá en nombre y representación de la Nación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación para lo cual solo tuvo en cuenta el tiempo laborado como docente oficial; que el 6 de noviembre de 2019, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de una indemnización sustitutiva la cual fue negada mediante resolución No. SUB 330209 del 30 de noviembre de 2019, decisión que fue confirmada mediante resoluciones No. SUB 2767 del 8 de enero de 2020 y DPE 1669 del 30 de enero de 2020.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones y aceptando todos los hechos planteados. El fundamento fáctico y legal de su contestación radicó en que al actor no le correspondía la indemnización sustitutiva reclamada siendo que la Secretaria de Educación le ordenó el pago de una pensión de jubilación a partir del 6 de noviembre de 2012, situación que impedía acceder a lo reclamado ya que dicha prestación resultaba incompatible con la pensión que venía devengando conforme a lo señalado en la Ley 4 de 1992 y la Ley 549 de 1990. Propuso las excepciones de presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, incompatibilidad entre indemnización sustitutiva y pensión de jubilación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de diciembre de 2021, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar en forma indexada al señor LEANDRO RODRIGO ACHICANOY ERAZO la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 en cuantía de cuarenta y cinco millones ochocientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta pesos con cuarenta y siete centavos MCTE (\$45.854.950,47) por las cotizaciones efectuadas como trabajador del sector privado en el Régimen de Pirma Media con Prestación Definida, de acuerdo a lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandada líquidense por secretaria incluyendo en ellas el valor de (1) SMMLV como agencias en derecho.

CUARTO: *En caso no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA.*

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probado que el actor se encontraba recibiendo una mesada pensional por la Secretaría de educación distrital de Bogotá a partir del 6 de noviembre de 2012, acto seguido, indicó que partir del 1° de abril de 1994 establecieron dos regímenes pensionales y se dispuso en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, que los afiliados al FOMAG, se encontraban exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social allí contemplado y se agregó que las prestaciones a cargo del referido fondo serían compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración, resaltando que la ley 812 de 2013 en su artículo 81 y el acto legislativo 01 de 2005, establecieron que los docentes que se vincularan a partir de la entrada en vigencia de tales norma, serían afiliados al FOMAG pero tendrían los derechos pensionales del régimen pensional de prima media establecidos en la ley 100/93 y ley 797 de 2003 con los requisitos previstos en él con la excepción de la edad de la pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Así concluyó que las prestaciones pensionales de todo aquel personal docente que se vinculó al sector público en época anterior a la expedición de la ley 100 de 1993 y ley 812 de 2003, se regía bajo la egida de la Ley 91 de 1989, la cual establecía el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación con la aplicación de un régimen autónomo e independiente al contemplado en la ley 100 de 1993 y en esa medida las prestaciones eran compatibles siendo que contaban con una

fueron distintas considerando que la ley 90 de 1946, que establecía la obligación progresiva de afiliación al Seguro Social por los servicios prestados por todo trabajador, de manera que el docente que prestará sus servicios e instituciones educativas en el sector privado su empleador tenía la obligación de efectuar las cotizaciones que por ley le correspondiere en la administradora de fondo de pensiones que haya cogido aquel, lo que se terminaba de justificar con lo establecido en el artículo 31 del decreto 692 de 1994.

En ese orden y atendiendo a que el actor cumplió los parámetros señalados en la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L, para hacerse acreedor a las prestaciones económicas derivadas del riesgo de vejez que se encuentren contempladas en la ley 100 de 1993, correspondientes a que 1) se vinculó como docente del sector público antes de la vigencia de la ley 100 del 93; 2) efectuó aportes a pensión a favor de una cualquiera de las entidades del SGSS como trabajador del sector privado y 3) cumplía con los requisitos contemplados en el régimen pensional al que se encuentre afiliado para hacerse acreedor de la prestación económica pretendida, se procedió a efectuar el reconocimiento.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones lo siguiente:

Que el derecho a la pensión de jubilación del actor a cargo del FOMAG se consolidó con posterioridad al 19 de junio de 2002, esto es, cuando ya estaba vigente el Decreto 1278 de 2002, que establecía que no se podía desempeñar cualquier otro cargo o servicio público retribuido y el goce de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares, siendo por tanto incompatible la prestación recibida con la que eventualmente pudiera solicitar al RPM, resaltando que aunque el referido artículo 45 había sido objeto de inexequibilidad en la sentencia C - 1157 del 4 de diciembre de 2003, ello tuvo como efecto que la prohibición del artículo 128 de la Constitución nacional con la excepción consagrada en el literal g del artículo 19 de la ley 4 de 1992 recobrará vigencia.

Igualmente, señaló que debía considerarse que el estatus de pensionado no se adquirió conforme a las reglas de la Ley 4 de 1992 ni de la Ley 60 de 1993, por lo que las prestaciones resultarían incompatibles al recibirse más de una asignación con cargo al erario público ello sin importar la naturaleza de la misma incluidas las prestaciones económicas que se reconocían por Colpensiones.

Así, concluyó que como la pensión que reconoció el magisterio se otorgó a partir del 6 de noviembre de 2012, esta era incompatible con la prestación que venía reclamando el demandante y que debía tenerse en cuenta las previsiones del Decreto 2527 de 2000 y la Ley 549 de 1999 pues todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serían utilizados para financiar la pensión como había ocurrido en este asunto

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si al demandante le asistía el derecho a que le fuera reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y en caso afirmativo determinar si la pensión que recibe el actor por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es compatible con la indemnización que reclama.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en que la Secretaría de Educación de Bogotá D.C. - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 8373 del 27 de diciembre de 2013, le reconoció al actor pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 6 de noviembre de 2012, en cuantía inicial de \$1.972.062. Tampoco que Colpensiones mediante Resolución SUB 330209 del 30 de noviembre de 2019, negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al demandante, decisión que se confirmó mediante Resoluciones No. SUB 2767 del 8 de enero de 2020 y DPE 1669 del 30 de enero de 2020, actos administrativos en los que la demandada además estableció que el demandante poseía 927 semanas cotizadas.

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 inciso segundo del artículo 279 ibidem, establece que las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a “(...) *los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*”, por lo que en los términos de dicha norma, se tiene que las asignaciones o prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Nótese además que las previsiones del Decreto 1278 de 2002 “Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente” y de la Ley 812 de 2003 “*Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario*”, contemplan previsiones para los trabajadores docentes que se vincularan para desempeñarse como docentes o fueran afiliados al FOMAG a partir de la vigencia de tales normas, situación que de entrada se descarta para actor, siendo que de las pruebas allegadas al expediente se colige que la vinculación inicial del mismo a la secretaria de educación acaeció el 8 de febrero de 1993.

Ahora bien, conviene recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido ocasión de

pronunciarse en sentencia de radicación No. 40848 de 2011¹ para definir que *“los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*.

En la misma providencia, dijo la Corte, que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar a los docentes cuando estos presten servicios en centros educativos de carácter particular; por el contrario, tales servidores son afiliados forzosos de régimen de prima media con prestación definida, criterio que había sido expuesto por la referida Corporación en sentencia de radicación No. 28164 del 19 de junio de 2008.

De lo dicho por la Corte, concluye esta sala de Decisión, que la obligación de realizar aportes al Sistema Pensional en situaciones como la que nos ocupa, tiene como consecuencia

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego. “A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los profesores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, “(...) que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes”; precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió en el evento bajo examen, en el que los colegios “Salesiano San Medardo”, desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y “La Presentación” desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión”.

necesaria y natural el acceso del afiliado a las prestaciones que de ellos se deriven, cuando la Ley dispone expresamente la compatibilidad de prestaciones y siempre y cuando, el pago de tales prestaciones no trasgreda la prohibición del artículo 128 de la C.P. por devengar doble asignación del tesoro público.

En este punto, resulta oportuno mencionar cual es la naturaleza jurídica de los recursos administrados por Colpensiones, ya que 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 señaló en sentencia STL1198-2019, frente a la naturaleza de los recursos administrados por Colpensiones, pronunciamiento en el que reiteró lo expuesto por la Corte en sentencias SL5792-2014 y 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 FOMAG, 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 los aportes efectuados por el demandante al ISS hoy Colpensiones obedecieron a servicios prestados de forma interrumpida a instituciones educativas de carácter privado y con empleadores particulares, como se señaló por el a quo y se establece en el reporte de semanas cotizadas que fue allegado, los que no tuvieron incidencia alguna para el reconocimiento de las asignaciones pensionales a cargo del FOMAG, se tiene que tales aportes le permiten acceder a las prestaciones reguladas en el Sistema General de Pensiones, pues no existe prohibición legal para que dicha prestación a cargo del sistema se causara en su favor, siendo que su pago no desconoce el artículo 128 de la C.P.

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

indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.” y dado que es evidente que el demandante en toda su historia laboral cotizó 927 semanas y cumplió los 62 años de edad², el 5 de noviembre de 2019, se tiene que le faltarían más de 6 años de cotizaciones para obtener la pensión, siendo incuestionable la imposibilidad de continuar cotizado que presenta el actor dado que la misma se expuso a Colpensiones desde la solicitud inicial de la prestación y ello además se refleja en la historia laboral, en donde la última cotización que figura es de diciembre de 2012, 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 x SC x PPC** y se puntualiza lo siguiente:

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

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

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

En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no maneja separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la

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.)

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

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1993	246	12,140	100,000	8,237	\$ 87.621,71	\$ 721.760,00	\$ 5.918.432,00
1994	279	14,890	100,000	6,716	\$ 127.827,49	\$ 858.479,00	\$ 7.983.855,00
1996	330	21,800	100,000	4,587	\$ 386.000,00	\$ 1.770.642,00	\$ 19.477.062,00
1997	331	26,520	100,000	3,771	\$ 515.477,34	\$ 1.943.731,00	\$ 21.445.832,00
1998	330	31,210	100,000	3,204	\$ 639.000,00	\$ 2.047.421,00	\$ 22.521.631,00
1999	359	36,420	100,000	2,746	\$ 669.168,80	\$ 1.837.366,00	\$ 21.987.146,00
2000	360	39,790	100,000	2,513	\$ 679.850,00	\$ 1.708.595,00	\$ 20.503.140,00
2001	360	43,270	100,000	2,311	\$ 849.333,33	\$ 1.962.869,00	\$ 23.554.428,00
2002	360	46,580	100,000	2,147	\$ 821.500,00	\$ 1.763.632,00	\$ 21.163.584,00
2003	360	49,830	100,000	2,007	\$ 880.333,33	\$ 1.766.673,00	\$ 21.200.076,00
2004	359	53,070	100,000	1,884	\$ 914.356,55	\$ 1.722.925,00	\$ 20.617.669,00
2005	360	55,990	100,000	1,786	\$ 949.458,33	\$ 1.695.764,00	\$ 20.349.168,00
2006	330	58,700	100,000	1,704	\$ 1.019.818,18	\$ 1.737.339,00	\$ 19.110.729,00
2007	360	61,330	100,000	1,631	\$ 1.018.166,67	\$ 1.660.145,00	\$ 19.921.740,00
2008	360	64,820	100,000	1,543	\$ 809.416,67	\$ 1.248.714,00	\$ 14.984.568,00
2009	360	69,800	100,000	1,433	\$ 864.500,00	\$ 1.238.539,00	\$ 14.862.468,00
2010	360	71,200	100,000	1,404	\$ 835.833,33	\$ 1.173.923,00	\$ 14.087.076,00
2011	360	73,450	100,000	1,361	\$ 926.833,33	\$ 1.261.856,00	\$ 15.142.272,00
2012	331	76,190	100,000	1,313	\$ 766.311,18	\$ 1.005.790,00	\$ 11.097.216,00
Total días	6495	Total devengado actualizado a				2019	\$ 335.928.092,0
Semanas Cotizadas S.C.	927,86	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 362.047,21
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					11,093%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2019	\$ 37.263.192,00

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 \$37.263.192, suma que actualizada al año 2020 asciende a **\$38.679.193³**.

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.”*.

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,

³ Reajuste Según IPC certificado por el DANE para el año 2019: 3,80%.

RESUELVE:

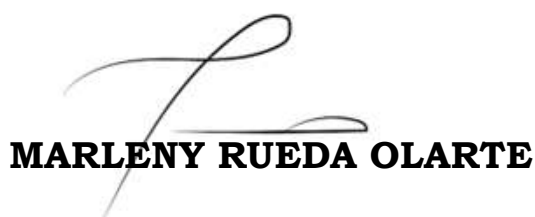
PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de diciembre de 2021, bajo el entendido que el valor de la indemnización sustitutiva, corresponde a \$38.679.193, de conformidad con las razones expuestas en la parte 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 \$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 ANA MARIA TORRES GONALZALES CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES VINCULADA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

RADICADO: 11001 3105 036 2018 00341 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre 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 el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto de 2021. La sentencia impugnada absolvió a las demandadas de todas

las pretensiones y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y en su lugar se declare la ineficacia del traslado al RAIS y se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los que se reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad de la afiliación que realizó al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara la afiliación permanente de la demandante al ISS hoy Colpensiones por todo el tiempo cotizado al SGSS en pensiones, igualmente solicita que se condene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y reintegrar el bono tipo A y a Colpensiones a recibir tales conceptos y a continuación reconocer la pensión de vejez de la actora con base en el régimen de transición junto con los intereses moratorios, a lo que resultare ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 5 de diciembre de 1958; que estuvo afiliada al RPM pero como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por Colpatria hoy

Porvenir S.A., a partir del mes de octubre de 1995, sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; que el 3 de mayo de 2018, Porvenir mediante oficio No. 0200001130879700 le reconoció la prestación de vejez en la modalidad de retiro programado por valor de \$1.685.797 a partir de julio de 2016, la cual le fue reliquidada mediante oficio No. 020001134424700 del 22 de julio de 2016, en cuantía de \$2.005.358 y que para agosto de 2017, se realizó liquidación de la mesada pensional bajo los parámetros del RPM encontrando que le asistiría una mesada de \$10.668.777.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la contestación radicó en que dentro del expediente no obraba prueba alguna que diera cuenta que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error “falta de deber de información” por parte de la AFP o que se estuviera en presencia de algún vicio de consentimiento, ni se evidenciaba nota de protesta o inconformidad alguna por el contrario se observaba que las documentales estaban sujetas a derecho y que se hicieron de manera libre y voluntaria, señalando además que no se cumplían los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, para trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Propuso entre otras excepciones la de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que suscribió solicitud de vinculación como traslado de régimen el 5 de octubre de 1995, de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, aludiendo además que el error de hecho solo viciaba el consentimiento cuando se erraba en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa específica los que no aparecían como cometidos en el contrato celebrado por la actora ya que esta sí pretendió afiliarse al RAIS y durante los 23 años había permanecido afiliada a Porvenir S.A. ejecutando actos que ratificaban un profundo conocimiento a cerca del RAIS y que en todo caso no era viable de trasladarse de régimen atendiendo lo señalado en la circular externa 001 de 2004.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica y compensación.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptado parcialmente el hecho 14 y negando los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que El Ministerio de Hacienda y Crédito Público desconocía las circunstancias en que se produjo el traslado de la demandante del RPM al RAIS y por consiguiente, desconoce la asesoría que realizara Porvenir S.A. a la señora Ana María Torres González con el fin de convencerla de realizar el traslado que se concretó en el año 1995 ya que la afiliación y/o traslado de las personas entre los regímenes pensionales creados por la Ley 100/93 lo determinaban por mandato legal las Administradoras del Sistema General de Pensiones, sin que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tuviera injerencia en la decisión que al respecto adopte el interesado en pertenecer o bien al RPM o en su defecto, al RAIS.

Propuso entre otras las excepciones de la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción, y la señora Ana María torres González es beneficiaria de una pensión de vejez (modalidad de retiro programado) situación que impide su retorno a Colpensiones.

III. DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y CONTESTACIÓN

La demandante formuló demanda de reconvención con el objeto que en caso que se accediera a las pretensiones solicitadas por la señora Ana María Torres se condenara a la misma a reintegrarle las sumas de dinero que le ha cancelado a la misma desde el mes de abril de 2016 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso debidamente indexadas y subsidiariamente en caso de no prosperar lo anterior se autorizara a descontar del retroactivo pensional a reconocer las sumas de dinero que había estado recibiendo la señora Torres González desde el mes de abril de 2016 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso debidamente indexadas.

La señora Ana María Torres González, mediante apoderado judicial contestó la demanda de reconvención oponiéndose a las pretensiones por cuanto las sumas de dinero que había recibido la señora Torres González, las recibió de buena fe de ahí que estaba en el deber de restablecer las mesadas pensionales a la AFP, la cual debía asumir lo repartido por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración y frente a la pretensión subsidiaria señaló que Colpensiones debía reconocer la prestación en su totalidad en razón a que tales descuentos nos habían sido autorizados por la señora Ana María Torres. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a mi mandante, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe e innominada o genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES-, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas las pretensiones formuladas por la señora ANA MARÍA TORRES GONZÁLEZ.

SEGUNDO: SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la accionante. Liquidense con la suma de \$600.000 a título de agencias en derecho.

TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que si bien existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993 y accediéndose así a la nulidad y/o ineficacia del traslado, sin embargo, no podía desconocerse que la demandante se encontraba pensionada por Porvenir S.A. situación frente a la que se debían seguir los pronunciamientos de la C.S.J., S.C.L. los cuales impedían acceder a la nulidad o ineficacia en este caso.

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. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones lo siguiente:

Que si bien existían varios precedentes como el de la sentencia emitida por el a quo se desconocía la actual posición de la C.S.J., S.C.L. expuesta en sentencia SL1688 - 2019 en casos como el de objeto de estudio donde ya existía el reconocimiento de una prestación de vejez en el RAIS, siendo que desde el momento de la suscripción del formulario había un acto inválido y por tanto un traslado ineficaz a la AFP del RAIS, de suerte que si desde el inicio se efectuaba un acto inválido no se podía pretender que mediante la suscripción del reconocimiento de una prestación o la validación de los bonos pensionales se hiciera la ratificación del interesado de seguir en dicha AFP, toda vez que la ineficacia era insanable y se

tiene como si nunca se hubiese producido, reiterando que en este caso existió el engaño en tanto no le indicaron a su representada todas las consecuencias que el traslado acarrearía.

VII. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que la demandante tiene la condición de pensionada de Porvenir S.A., siendo que esto no se desconoce por las partes especialmente por la actora quien plantea tal situación desde el libelo introductorio.

Sobre el particular, conviene recordar 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 en los casos de traslado del RPM al RAIS señalando que se debe ilustrar como mínimo sobre

características, condiciones, ventajas y desventajas de cada régimen y riesgos y consecuencias del traslado, 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, 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 reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

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

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

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

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que 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.

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)”

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

Así las cosas, se aprecia que si bien la tendencia jurisprudencial en torno al tema objeto de análisis ha venido variando al punto de llegar a establecer la inviabilidad de la

ineficacia del traslado cuando se trata de un pensionado, debe precisarse que considerando el fundamento expuesto en líneas anteriores es evidente que tal posición tiene como premisa el interés general y las razones expuestas avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento, razón por la cual esta sala acoge el criterio del órgano de cierre y considera que el mismo le es aplicable a la actora siendo que en dicha providencia se efectuó un análisis particular y concreto de la situación de aquellas personas que tenían la condición de pensionados que hasta el momento no se había efectuado y solo se aplicaban los mismos parámetros sin distinción a la condición de afiliado – pensionado, aunque tal diferencia si comporta consecuencias diferentes como se evidenció en la sentencia citada, de modo que acoger el criterio que rige el asunto particular no genera vulneración a la doctrina probable ni mucho menos los principios y/o derechos aducidos.

En ese orden de ideas y como la demandante Ana María Torres González, poseía el estatus de pensionada, 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 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 Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo 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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALBA ROCIO
LONDOÑO HENAO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 021 2020 00438 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintidós
(2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito
obranante en el expediente se reconoce a la doctora Cindy
Julieth Villa Navarro, identificada con la cédula de ciudadanía
No. 1.129.580.577 y tarjeta profesional No. 219992 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 los apoderados de la parte actora y de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de marzo de 2022 y a revisar la misma en grado Jurisdiccional de Consulta. La sentencia impugnada condenó a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y ordenó el pago de la diferencia. Los recursos de apelación tienen por objeto de un lado que se ordene la inclusión de periodos no tenidos en cuenta en la historia laboral y el pago de intereses moratorios y de otro que se revoque la decisión y se absuelva a Colpensiones de todas las condenas siendo que la liquidación la practico en legal forma.

En esta instancia se allegaron alegatos por las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarará que la demandada omitió tener en cuenta su historia laboral y lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001 al reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, en consecuencia, se condenara a la demandada a liquidar el periodo de cotización equivalente a 32,22 semanas en la liquidación de la indemnización

sustitutiva, al pago de la suma de \$19.828.857,6 a título de remanente de la indemnización sustitutiva, al pago de \$597.641,76 a título de compensación por lucro cesante por la omisión en la liquidación de la indemnización, al pago de \$8.778.030 a título de compensación por los perjuicios morales causados y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que: i) en la historia laboral acreditaba un total de 1031 semanas de cotización a favor del SGSS en pensiones; ii) que Colpensiones le reconoció la indemnización sustitutiva mediante acto administrativo No. 165841 del 31 de julio de 2020; iii) que el 7 de agosto de 2020, interpuso los recursos en vía gubernativa, siendo resueltos mediante acto administrativo No. 14491 de 28 de octubre de 2020, en el que evidenció Colpensiones omitió tener en cuenta para la liquidación de la indemnización sustitutiva los siguientes periodos: 1) julio de 1996 “4,33 semanas”; 2) 2011 “17,68 semanas”; 3) 2012 “1,96 semanas”; 4) 2016 “4,33 semanas”; 5) 2017 “1,96 semanas” y 6) 2019 “1,96 semanas”, los cuales sumados ascienden a 32,22 semanas; que con base en el cálculo de la indexación de las cotizaciones efectuadas el vector del cálculo ponderado se encontraba en el año 2014 y no en los años 1987 y 1989 y que tal omisión generaba como resultado que el promedio ponderado se encontrara dentro del margen igual a 7,22% determinando una diferencia de \$19.828.857,6.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que para reconocer la indemnización sustitutiva no podía tener en cuenta las 32,22 semanas de cotización toda vez que los aportes realizados por el consorcio adulto mayor del régimen subsidiado no era factible tenerlos en cuenta de manera que tuvo en cuenta las semanas válidamente cotizadas haciendo la devolución correspondiente al régimen subsidiado tal y como lo indicó en los actos administrativos, igualmente, aludió que si bien en los actos administrativos se aludió que contaba con 1031 semanas cotizadas, lo cierto era que la historia laboral que se aportó solo reflejaba 740, 29 semanas cotizadas y que al efectuar el cálculo de la indemnización sustitutiva aplicó correctamente la formula establecida en el Decreto 1730 de 2001.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC no de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de marzo de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que ALBA ROCIO LONDOÑO HENAO tiene derecho a la reconocimiento y pago de la diferencia de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida mediante resolución SUB 165841 de 31 de julio de 2020, que reconoció la prestación en cuantía de \$12.276.430 y debe ser reliquidada en la cuantía de \$14.355.932.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- a pagar a ALBA ROCIO LONDOÑO HENAO la cantidad de \$2.079.502 por concepto de la diferencia adeudada, que será debidamente indexada.

TERCERO: TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por Colpensiones.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda presenta por la señora

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo la vencida en juicio ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES-, fijando como agencias en derecho la suma de \$200.000.

SEXTO: CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo dispuesto en el artículo 69 del C.P. del T. y la S.S.

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que la demandante reunía los requisitos necesarios para acceder la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, razón por la cual previo a analizar la liquidación se procedió a verificar si se tuvieron en cuenta o no los periodos de cotización reclamados por la actora, encontrando que de una parte las manifestaciones fueron genéricas y de otra que verificada la historia laboral en todo caso no era posible establecer la existencia de la relación laboral tratándose de cotizaciones como trabajador dependiente ni cotizaciones como independiente y además en los casos en los que el aporte se efectuó por el consorcio Colombia Mayor no se acreditó el

porcentaje en que la actora efectuó la cotización, por lo que no era posible incluir tales semanas en la historia laboral.

Acto seguido, se procedió a efectuar la liquidación encontrando serías diferencias entre la liquidación que realizó el apoderado de la parte demandante principalmente en lo relacionado con los IPC tomados e incluso con la que efectuó Colpensiones concluyendo que comparada la realizada por el despacho con la practicada por Colpensiones existiría una diferencia de \$2.079.502, por lo que debía proceder a reconocerse la diferencia debidamente indexada. En cuanto a la compensación del lucro cesante indicó que como se ordenó el pago de la diferencia debidamente indexada no se generaría una condena adicional siendo que con ello se compensaba tal situación y frente a los perjuicios morales se mencionó que no existía ninguna prueba que acreditara la congoja u aflicción derivada del no pago completo de la indemnización sustitutiva por lo que no era factible acceder a estas.

Finalmente, se mencionó que la C.S.J., S.C.L., en diversos pronunciamientos estableció el parámetro de la imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva y que en todo caso aun considerando otras posturas no transcurrieron tres años desde que se presentó la reclamación administrativa y se radicó la demanda, por lo que no había operado el fenómeno de la prescripción.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

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

El apoderado de la **parte actora**, señaló que el a quo omitió tener en cuenta lo expuesto en el artículo 53 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia SU 430 -2008, siendo que en el acto administrativo No. 165841, se indicó que en los periodos de julio de 1996 y en la vigencia de enero a diciembre de 2011, existían diferencias respecto a su historia laboral, sin embargo, atendiendo la norma citada, la demandada era quien estaba obligada a verificar la exactitud de las cotizaciones , aportes u otros informes, que en cuanto al allanamiento a la mora la sentencia aludida establecía que los fondos de pensiones no podían asumir una postura desfavorable aludiendo el incumplimiento del empleador como argumento para rechazar una prestación, así puntualizó que conforme a los medios de prueba aportados por Colpensiones, no existía prueba que permitiera comprobar que se aplicó el literal a del artículo 53 de la Ley 100 de 1993, por lo que el servicio fue frustrado aludiendo el incumplimiento del empleador y otros errores en la historia laboral que su representada no conocía.

Igualmente, señaló que se había desconocido el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, que establecía que ninguna cotización podía ser inferior al SMMLV, advirtiéndole que en la liquidación efectuada por el despacho se tomó como salario base de cotización para los años 1983 y 1984 salarios inferiores al SMLMV y también cuestionó que durante el año 2017 a 2011

efectuó cotizaciones con apoyo del Consorcio Colombia Mayor porque se aplicó un salario base de cotización superior al SMLMV.

Finalmente, señala que existe un desconocimiento del análisis efectuado por la superintendencia financiera de Colombia el 24 de mayo de 2000, en donde se efectúa análisis de la sentencia C 601 de 2000, en donde se indica que en materia pensional son aplicables los intereses por mora acerca de acreencias del SGSS en donde su desconocimiento generaba cuando menos una pérdida adquisitiva o una afectación a la capacidad de consumo del usuario, por lo que si era procedente efectuar condena respecto del lucro cesante.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones, indicó que su representada para efectuar el cálculo del reconocimiento de la indemnización sustitutiva aplicó de manera correcta la fórmula establecida en el decreto 1730 de 2001 ya que para el año de 1983 a 1984 correspondía al 5%, para el año de 1985 a 1991 era del 6.5%, de 1992 a 1993 era del 8%, en 1994 era del 11.5%, para 1995 del 12.5%, del 96 al 2003 era del 13.5%, en el 2004 del 14.5%, en el 2005 del 15%, del 2006 al 2007, el 15.5% y a partir del 2008 del 16%, en este orden de ideas la indemnización sustitutiva se liquidó tomando en cuenta el promedio de los porcentajes sobre los cuales se realizaban los aportes pensionales arrojando un salario base de cotización de \$179.413,27 y un tiempo cotizado de 1031 semanas para un total de \$12.276.430 valor que se encontraba debidamente liquidado por Colpensiones.

En cuanto a las costas procesales adujo que atendiendo que las pretensiones procedieron de manera parcial debía considerarse lo expuesto en el artículo 365 del CGP y abstenerse de condenar en costas siendo que su oposición se efectuó a efectos de salvaguardar los recursos de todos sus afiliados conforme al artículo 48 de la Ley 100 de 1993. De igual forma, solicitó que en caso de confirmarse la decisión se revisara la liquidación efectuada por Colpensiones y por el a quo y que en caso en caso de que la liquidación realizada por tribunal fuera superior se impusiera lo menos gravoso para la entidad.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A y 69 del CPL y SS, la sala examinará si en este caso la demandante tiene derecho a la inclusión de los periodos reclamados en su historia laboral, así como al reajuste de la indemnización sustitutiva y al pago del lucro cesante reclamado.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que la demandante nació el 6 de julio de 1963; ii) que mediante resolución No. SUB 165841 del 31 de julio de 2020, se ordenó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez a su favor en cuantía única de \$12.276.430 atendiendo 1031 semanas cotizadas y iii) que mediante resoluciones No. SUB 226978 del 23 de octubre de 2020 y DPE 14491 del 26 de octubre de 2020, se resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos en los que se reitero que la actora prestó sus

servicios durante 7222 días equivalentes a 1031 semanas y que verificado el calculo de la indemnización y efectuada una reliquidación no arrojó diferencia significativa alguna.

Precisado lo anterior y toda vez que se cuestiona la no inclusión de unos periodos de cotización para la determinación de la indemnización sustitutiva resulta pertinente acudir al reporte de semanas cotizadas actualizado al 23 de julio de 2020, como quiera que este es el que coincide con el acumulado de semanas (1031) señalado en los actos administrativos expedidos ante el tramite del reconocimiento de la indemnización sustitutiva:



Colpensiones
Seguro por su futuro

COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 julio/2020
ACTUALIZADO A: 23 julio 2020

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento:	Cédula de Ciudadanía	Fecha de Nacimiento:	06/07/1963
Número de Documento:	51721040	Fecha Afiliación:	28/02/1983
Nombre:	ALBA ROCIO LONDOÑO HENAO	Correo Electrónico:	ALBA.HENAO18@GMAIL.COM
Dirección:	CRA 103 74-53 SUR CA 62	Ubicación:	Urbana
Estado Afiliación:	Activo Cotizante		

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

[1]Identificación Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
1006102702	CADENALCO ALMACENES	28/02/1983	11/02/1984	\$11.850	49,86	0,00	0,00	49,86
1002405072	CONFEC.LIN A.Q.C.Y.C	26/09/1984	30/06/1984	\$108.000	509,29	0,00	0,00	509,29
860401928	JEANS APACHE LTDA	01/04/1996	30/04/1996	\$43.000	1,29	0,00	0,00	1,29
860401928	JEANS APACHE LTDA	01/05/1996	30/06/1996	\$143.000	8,43	0,00	0,00	8,43
860401928	JEANS APACHE LTDA	01/07/1996	31/07/1996	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/05/2011	31/01/2012	\$535.600	38,57	0,00	0,00	38,57
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/02/2012	31/01/2013	\$566.700	51,43	0,00	0,00	51,43
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/02/2013	31/01/2014	\$569.500	51,43	0,00	0,00	51,43
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/02/2014	31/01/2015	\$616.000	51,43	0,00	0,00	51,43
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/02/2015	31/01/2016	\$644.350	51,43	0,00	0,00	51,43
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/02/2016	30/11/2016	\$689.455	42,86	0,00	0,00	42,86
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/01/2017	31/01/2017	\$689.455	4,29	0,00	0,00	4,29
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/02/2017	31/01/2018	\$738.000	51,43	0,00	0,00	51,43
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/02/2018	31/12/2018	\$781.242	47,14	0,00	0,00	47,14
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/01/2019	31/08/2019	\$828.116	34,29	0,00	0,00	34,29
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/09/2019	30/09/2019	\$828.000	4,29	0,00	0,00	4,29
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/10/2019	31/12/2019	\$828.116	12,86	0,00	0,00	12,86
51721040	LONDOÑO HENAO ALBA R	01/01/2020	31/05/2020	\$878.000	21,43	0,00	0,00	21,43
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:			
					1.031,71			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 " TOTAL SEMANAS COTIZADAS"):			
					0,00			

Se cuestionó por el demandante que en la historia laboral se presentaba una diferencia negativa en el acumulado de semanas en los siguientes términos:

Periodo:	Semanas Omitidas:
Julio de 1996:	4,33
2011:	17,68
2012:	1,96
2016:	4,33
2017:	1,96
2019:	1,96

Verificado el reporte de semanas cotizadas, se advierte lo siguiente: i) que el único periodo que registra semanas en ceros corresponde al comprendido entre el 1° de julio de 1996 y el 31 de julio de 1996; ii) que por el periodo comprendido entre el 2011-05 a 2017-01 registra “Pagó como régimen subsidiado” efectuándose cotizaciones teniendo en cuenta como IBC el SMLMV y iii) que por el periodo comprendido entre el 2017-02 a 2020-05 registra “Pagó como trabajador independiente”.

Así, lo primero que habría que señalar es que el único periodo que registra en mora corresponde al de julio de 1996 y toda vez que conforme a lo adoctrinado por la C.S.J., S.C.L., en sentencias SL1355-2019 y SL3056-2019, se tiene que los periodos que están reportados en mora son los que se consideran respaldados en una relación laboral y por tanto no existiría duda en que debieron haberse incluido para la liquidación de la indemnización sustitutiva siendo que frente a estas cotizaciones en mora Colpensiones debió haber adelantado las acciones de cobro pertinentes para obtener el recaudo de las mismas de lo contrario deberá asumir la obligación tal y como se ha sostenido en diversos pronunciamientos de nuestro órgano de cierre, siendo que la administradora pensional cuando acepta la afiliación del trabajador, está en la obligación de administrarla, en ese

orden y toda vez que de acuerdo con los reportes efectuados en la historia laboral el salario con el empleador Jeans Apache Ltda. ascendía a \$143.000, se tendrá en cuenta el mismo.

Ahora bien, respecto a las inconsistencias en las demás anualidades referidas, se tiene que la petición se torna general y abstracta pues no se detalla cual es el periodo de cotización que genera la diferencia que se aduce, debiendo precisar que ello resulta relevante a efectos de establecer si lo reclamado está respaldado dentro del rango de las cotizaciones efectuadas y si de esta manera tiene sustento en una relación laboral o como trabajador independiente, pues en el evento en que las cotizaciones reclamadas del año 2011 obedecieran al periodo comprendido entre 2011-01 a 2011-04, en los que no reporta afiliación debió haberse vinculado al empleador y haber allegado por lo menos los respectivos soportes de afiliación, o los soportes de cotizaciones efectuados por el empleador y/o descuentos realizados al trabajador, o los soportes de las cotizaciones efectuadas como trabajador independiente.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en este caso por el periodo comprendido entre el 2011-05 a 2017-01, se registra pago por parte del régimen subsidiado, el cual se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993, a partir del artículo 25 de tal norma, de donde se colige que los subsidios otorgados por el fondo de solidaridad pensional son de naturaleza temporal y parcial, teniendo el beneficiario a su cargo un porcentaje del aporte.

Igualmente debe destacarse que mediante Decreto 3771 de 2007, se reglamentó la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional, compilado actualmente en el Decreto 1833 de 2016, siendo necesario señalar que de lo establecido en el artículo 2.2.14.1.1. se extracta que el fondo dentro de sus subcuentas cuenta con una destinada a subsidiar los aportes al sistema general de pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción, luego en el artículo 2.2.14.1.22 se indica que para los trabajadores dependientes beneficiarios del subsidio, la parte de la cotización no subsidiada se dividirá entre el empleador (75%) y el trabajador (25%) y finalmente en el artículo 2.2.14.1.17., se precisa que el subsidio se otorgara a los trabajadores y a los empleadores por intermedio de aquellos, pertenecientes a los grupos de población que el Conpes determine cada año en el plan anual de extensión de cobertura.

En ese orden, se tiene que para poder proceder establecer el monto del aporte que estuviera a cargo de la demandante, era necesario que se acreditara el grupo poblacional al que la misma pertenecía, esto a efectos de poder determinar el porcentaje que por concepto de subsidio pagaba el fondo y por tanto la parte a cargo de la actora que era susceptible de

devolución siendo que conforme a lo señalado en el artículo 2.2.14.1.27 del Decreto 1833 de 2016, que establece que la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá controlar y hacer exigible la devolución de los subsidios a las entidades administradoras de pensiones cuando entre otros eventos “2. (...) se reconozcan indemnizaciones sustitutivas de la pensión de vejez o la devolución de aportes.”, razón por la cual como las cotizaciones efectuadas bajo el régimen subsidiado no era factible tenerlas en cuenta para calcular la indemnización y dado que tampoco se acreditó el grupo poblacional al que pertenecía la actora resultaba imposible determinar el valor a cargo de la misma que podría ser susceptible de inclusión para el calculo de la indemnización sustitutiva.

En lo que respecta a las cotizaciones del periodo comprendido entre el 2017-02 a 2019-12, tal y como lo señalo el a quo, se advierte que se registran cotizaciones completas por tales periodos debiendo para ello considerar que aunque hay meses de 28, 29, 30 y 31 días para todos los efectos se tienen en cuenta los meses como de 30 días tal y como se ha reseñado en la jurisprudencia e incluso así se contabiliza en la historia laboral, por lo que de allí podrían derivarse las inconsistencias aducidas, pues se reitera que verificado cada uno de los periodos se encontró su pago completo.

Frente al reparo presentado relacionado con que algunas cotizaciones se efectuaron considerando salarios inferiores al SMMLV, se tiene que revisado el reporte de semanas cotizadas no se evidencia la situación expuesta por el recurrente, nótese

que para el periodo 28/02/1983 - 11/02/1984, se registra el último salario recibido en el periodo, es decir, el de 1984 que ascendía a \$11.298,00 (equivalente al SMLMV para 1984) igual situación ocurre por ejemplo con el periodo de 26/09/1984 - 30/06/1994, en donde se registra como último salario la suma de \$108.000 (superior al SMLMV para 1994), adicionalmente verificado el detalle de los pagos no se advierte que ningún periodo se hubiese efectuado en cifra inferior al SMLMV, ni se aprecia que durante el periodo comprendido entre el 2011-05 a 2017-02, en los que se efectuaron pagos del régimen subsidiado se hubiesen efectuado cotizaciones superiores al SMLMV.

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 incluídas los aportes efectuados en el régimen subsidiado cotizó 1031 semanas y cumplió los 57 años de edad, el 6 de julio de 2020, se tiene que le faltarían más de 5 años de cotizaciones para obtener la pensión y dada la imposibilidad de continuar cotizado que aludió la actora y

expuso, se cumplían 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 formula: **$I = SBC \times SC \times PPC$** 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 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 ilustrar las operaciones aritméticas efectuadas en aplicación de la formula antes mencionada, destacando que para ello se solicitó al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, procediera a calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral, 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
1983	307	1,410	103,800	73,617	\$ 7.324,01	\$ 539.172,00	\$ 5.517.527,00
1984	139	1,650	103,800	62,909	\$ 11.082,73	\$ 697.205,00	\$ 3.230.383,00
1985	365	1,950	103,800	53,231	\$ 14.409,86	\$ 767.048,00	\$ 9.332.417,00
1986	365	2,380	103,800	43,613	\$ 14.409,86	\$ 628.464,00	\$ 7.646.312,00
1987	365	2,880	103,800	36,042	\$ 21.126,58	\$ 761.437,00	\$ 9.264.150,00
1988	366	3,580	103,800	28,994	\$ 25.111,48	\$ 728.092,00	\$ 8.882.722,00
1989	365	4,580	103,800	22,664	\$ 38.771,51	\$ 878.708,00	\$ 10.690.947,00
1990	365	5,780	103,800	17,958	\$ 46.721,10	\$ 839.040,00	\$ 10.208.320,00
1991	365	7,650	103,800	13,569	\$ 53.881,64	\$ 731.100,00	\$ 8.895.050,00
1992	366	9,700	103,800	10,701	\$ 69.108,20	\$ 739.529,00	\$ 9.022.254,00
1993	365	12,140	103,800	8,550	\$ 87.849,86	\$ 751.138,00	\$ 9.138.846,00
1994	181	14,890	103,800	6,971	\$ 107.349,45	\$ 748.346,00	\$ 4.515.021,00
1996	98	21,800	103,800	4,761	\$ 133.816,33	\$ 637.162,00	\$ 2.081.396,00
2017	330	93,110	103,800	1,115	\$ 738.000,00	\$ 822.730,00	\$ 9.050.030,00
2018	360	96,920	103,800	1,071	\$ 777.638,50	\$ 832.840,00	\$ 9.994.080,00
2019	360	100,000	103,800	1,038	\$ 828.106,33	\$ 859.574,00	\$ 10.314.888,00
2020	150	103,800	103,800	1,000	\$ 878.000,00	\$ 878.000,00	\$ 4.390.000,00
Total días	5062	Total devengado actualizado a				2020	\$ 132.174.343,0
Semanas Cotizadas S.C.	723,14	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 182.777,64
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					8,215%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2020	\$ 10.857.652,00

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 \$10.857.652 y dado que la misma es inferior a la reconocida por Colpensiones mediante resolución No. SUB 165841 del 31 de julio de 2020, se ordenó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez a su favor en cuantía de \$12.276.430, debiéndose señalar que como en dicho acto administrativo se tuvieron en cuenta 1031 semanas se presume que se consideró para liquidar la indemnización el porcentaje a cargo de la trabajadora cuando fue beneficiaria del subsidio del aporte a pensión, razón por la cual habrá de revocarse la condena efectuada por el a quo y absolver a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra, siendo que por las resultas del proceso resulta

innecesario efectuar análisis sobre los demás puntos de apelación.

Costas en ambas instancias 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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de marzo de 2022, para en su lugar absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora ALBA ROCIO HENAO LONDOÑO de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en las dos instancias 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