



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2021 00279 01
DEMANDANTE: MARÍA ALEXANDRA BARRAGÁN FONSECA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - PROTECCION, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS - COLFONDOS S.A. Y FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES- FONCEP.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Protección S.A. y el cambio horizontal a la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a esta última retornar a la actora a prima media junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración pagados. A Colpensiones activar la afiliación sin solución de continuidad y recibir los aportes. Así mismo, se disponga a las

demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de enero de 1966, estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social de Bogotá desde mayo de 1990 hasta mayo de 1995, cotizó 258 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección en mayo de 1995, posteriormente cambió a la AFP Colfondos en el 2006. Adujo que ninguno de los fondos le brindó información clara, completa sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco sobre las implicaciones en su futuro pensional, conforme a sus particularidades personales. Manifestó que conforme a simulación pensional de Colfondos S.A. su mesada pensional allí correspondería a \$908.526, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$2.132.739. Finalmente, que Protección, Colfondos, Foncep, Protección y Colpensiones negaron la solicitud de cambio de régimen (expediente digital, archivo 14 fls. 1 a 9).

Colpensiones se opuso al éxito de las peticiones. Admitió únicamente la data de nacimiento de la actora. Manifestó que los hechos restantes no le constan. Formuló las excepciones de inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido prescripción y caducidad y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen pensional, por ello suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación conforme se colige de la demanda. Adujo que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 14).

Foncep se opuso a la prosperidad de las súplicas. Aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la petición de traslado de régimen y la respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso como excepción previa la falta de jurisdicción o de competencia, coy las de mérito de falta de la legitimación en la causa por pasiva de la demandada fondo de prestaciones económicas cesantías y pensiones

“Foncep”, competencia de los fondos cajas y entidades territoriales, para el reconocimiento de prestaciones de jubilación – incompetencia de los fondos o cajas para acceder a lo solicitado por el demandante, improcedencia de la vinculación como litisconsorcio necesario procedimiento para el cobro y pago de cuotas partes pensionales y /o del bono pensional para financiar prestaciones pensionales y las demás declarables de oficio (expediente digital, archivo 07, fls. 2 a 17)

La AFP Protección S.A rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de natalicio de la actora, la afiliación al fondo privado, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad, por ende la afiliación al fondo fue libre y voluntaria y se materializó con la suscripción del formulario, en los términos que disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 10, fls. 3 a 24).

La AFP Colfondos S.A. no se opuso a las peticiones. Admitió la fecha de natalicio de la accionante, la proyección pensional, la petición de retorno a RPM y su respuesta. De los demás hechos dijo que no ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de buena fe, compensación y pago y las demás declarables oficiosamente En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la ley para el momento en que se concretó el traslado, por tanto no es dable exigir a los fondos requisitos incorporados en el remanente jurídico con posterioridad (expediente digital, archivo 11, fls. 4 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora María Alexandra Barragán Fonseca al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1º de junio de 1995, por intermedio de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por COLPENSIONES, todo conforme se ha dicho en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías a trasladar los aportes 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 de la señora María Alexandra Barragán Fonseca quien se identificada con la cédula de ciudadanía 51.819.217 a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

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

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la demandada FONCEP y en consecuencia se absuelve a esta entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el libelo genitor.

QUINTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos que fueran propuestos por las demás entidades demandadas.

SEXTO: COSTAS de esta instancia están a cargo de las demandadas Colpensiones, Protección S.A y Colfondos S.A. se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de éstas y a favor de la parte actora.

SÉPTIMO: si la presente decisión no fuera apelada se deberá consultar con el superior en cuanto le resultó adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, señaló que Protección S.A. no acreditó haber suministrado al actor información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión al deber de información, por ello, resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones reclama revocar la sentencia bajo el argumento que no se tuvieron en cuenta las obligaciones que recaían en la actora, quien incumplió con sus deberes como

consumidora financiera, entre ellos el de mantenerse informada. Adujó que no se puede exigir a los fondos requisitos adicionales a los previstos en el ordenamiento jurídico al momento del traslado. Sostuvo que al ser la entidad un tercero ajeno no tiene por qué sufrir consecuencias negativas de un acto inter partes y verse en la obligación de asumir la carga prestacional de la actora, pues ello, afectaría la estabilidad. Refirió que la elección de régimen se efectuó de manera libre y voluntaria y la voluntad se ratificó con la permanencia por un largo periodo.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con el CETIL del 5 de enero de 2021, la demandante prestó servicios al Policlínico La Perseverancia Nivel I desde el 23 de mayo de 1990 hasta el 31 de mayo de 1995, periodo en el cual los aportes se realizaron a la Caja de Previsión Social de Bogotá (Documento 01 fl. 167 a 171), migró al RAIS administrado por Protección el 24 de mayo de 1995, (expediente digital, archivo 01 fl. 224).

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LO EFECTUADO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE ELEGIDO A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Posteriormente, cambió a la AFP Colfondos el 26 de octubre de 2006, donde se encuentra afiliada actualmente (expediente digital, documento 01 fl. 202).

Al absolver el interrogatorio de parte, la demandante señaló que para la época del traslado estaba vinculada con la “*Secretaria Distrital de Salud*” y cotizaba a la Caja de Previsión Social en pensiones. Adujó que en 1995 debido a reestructuración de la planta de la entidad, su modalidad contractual cambió, en ese momento se hicieron presentes asesores de Protección con los formularios de afiliación, uno de ellos diligenció sus datos personales y ella lo suscribió porque no tenía otra opción. Sostuvo no se le dieron a conocer las características, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes, como tampoco las consecuencias que acarrearía su decisión. Señaló que su traslado horizontal se dio por cambio de empleador. Aceptó que su motivación para retornar es el monto de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021), tampoco el traslado entre administradoras.

En consecuencia, resulta evidente que dicho fondo faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por tanto, Colfondos administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada deberá trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por ello, la sentencia será adicionada también en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de

septiembre de 2022 que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

028 2021 00279 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 030 2021 00363 01
DEMANDANTE: ERIKA LUCÍA ESCORCIA ESCORCIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la «*nulidad*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) efectuado el 1 de agosto de 1998. Se declare que es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y le son aplicables las sentencias C1024 de 2004, C789 y T818 de 2009 y SU 062 de 2010. En consecuencia, condenar a Colfondos a devolver a Colpensiones los valores de la cuenta individual. A la última a recibir el traslado de los recursos debidamente indexados y con el reajuste correspondiente. Finalmente, se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de junio de 1986 y allí cotizó hasta el 10 de agosto de 1998, 488.29. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. el 1 de agosto de

1998, donde cotizó 1104 semanas y un saldo en cuenta individual de \$207.240.226. Adujo que el asesor del fondo le informó que el ISS desaparecería y le prometió una mesada cercana a los 6 salarios mínimos legales, pero no le ilustró sobre las consecuencias del traslado. Finalmente, que las accionantes negaron la petición de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 34).

La AFP Colfondos S.A. se opuso la prosperidad de las aspiraciones. Aceptó la afiliación al fondo privado, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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, pago y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que la afiliación al fondo fue libre y voluntaria, se materializó con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época, razón suficiente para no exigir requisitos adicionales incorporados posteriormente al ordenamiento. (Expediente digital, archivo 05 fls. 2 a 16).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Admitió la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado de régimen pensional, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, error sobre el punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de la legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden y las demás declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado se realizó con plena voluntad, y con observancia de las normas establecidas para dicha data. Expuso que la demandante también se encontraba en la obligación como consumidor de informarse sobre las condiciones del régimen que estaba seleccionando (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 11), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado efectuada por la demandante Erika Lucía Escorcía Escorcía, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.804.813 cuando suscribió el documento de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. y en consecuencia se declara que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPMPD que administra actualmente Colpensiones.

SEGUNDO: Se Ordena a la AFP Colfondos S.A., entidad que actúa a través de su representante legal o por quien haga sus veces que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de ésta decisión, proceda a trasladar la totalidad de los aportes que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen esto es: cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de los aportes a los seguros previsionales, gastos y comisiones de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones; por las razones que quedaron anotadas en las consideraciones que el Despacho elaboró.

TERCERO: SE ORDENA igualmente a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, representada legalmente por el señor Juan Miguel Villa Lora o por quien haga sus veces , a recibir la totalidad de los aportes que posee la actora y que provienen de la AFP Colfondos S.A. junto con los rendimientos financieros; así mismo ha de reactivar la afiliación de esta al régimen de prima media con prestación definida, convalidar dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral de la actora, con las cuales se le pueda garantizar el derecho pensional a esta al momento de ser solicitado.

CUARTO: En cuanto a las excepciones propuestas por las codemandadas las mismas implícitamente fueron resueltas, no prosperando ninguna de las formuladas, con excepción de la alegada por Colpensiones de imposibilidad de condena en costas.

QUINTO: SE CONDENA en COSTAS a la AFP Colfondos S.A. y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de la demandante y a cargo de esta.

SEXTO: SE ABSUELVE a Colpensiones de pagar las costas procesales como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Como el sentido de la decisión adoptada en esta instancia fue adverso a las pretensiones de la entidad pública, Colpensiones, si la misma no es apelada, se ordena su envío al Tribunal Superior De Bogotá D.C.–Sala Laboral en el grado jurisdiccional de consulta, para lo cual se dispone que sea remitido el expediente digitalizado con los medios de grabación respectivos, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del C.P.L. y S.S. y la Ley 2213 de 2022

Como sustento de su decisión, señaló que Colfondos no demostró que cumplió con el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia. Consideró que si bien se allega el formulario de afiliación con este no se demuestra que se brindó la información necesaria a la

demandante al momento del traslado sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de uno u otro régimen, ya que a lo sumo demuestra un consentimiento pero no informado. Razón por la cual este despacho declara ineficaz el traslado.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la promotora del juicio se afilió al ISS el 12 de junio de 1986 (expediente digital archivo 1 fl. 48), migró al RAIS, administrado por Colfondos S.A. el 31 de julio de 1998, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital archivo 01 fl. 36).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para el momento del traslado, llegó a la empresa en la cual trabajaba un asesor Colfondos, quien diligenció los formularios que fueron suscritos por todos los empleados de la compañía sin recibir previamente ninguna asesoría, más que el dicho de la empresa que era bueno trasladarse porque el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Expuso que no se acercó a la AFP a obtener información sobre las ventajas que le pudiesen ofrecer, debido a que no tenía tiempo por cuestiones laborales. Pues cumple turnos de 12 a 14 horas diarias. Dijo que Colfondos hace como un año le dijo que su mesada sería de un salario mínimo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por ello, la sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaro la ineficacia de la afiliación y del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo

a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de septiembre de 2022, para en su lugar para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia analizada que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
030 2021 00363 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 31 2020 000165 01.
DEMANDANTE: JOSÉ ALFREDO ORTIZ PASTRANA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LADRILLERA ALEMANA SAS Y CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de noviembre de 2020. Igualmente el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que es beneficiario de régimen de transición, que al 25 de julio de 2005 contaba con más de 750 cotizadas, que el empleador Ladrillera Alemana SAS incurrió en mora y el pago de los aportes fue ordenado mediante sentencia judicial, por tanto, deben ser considerados para contabilizar el número total de semanas. En consecuencia, se condene a la demandada Ladrillera Alemana S.A.S. a cumplir con el pago de aportes ordenado por el Juzgado 34 Laboral del Circuito dentro de proceso 11001313503420130071800. Se condene a Colpensiones a reconocer y pagar pensión de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990, subsidiariamente se reconozca la prestación con base en la Ley 71 de 1988 o en subsidio de conformidad con la Ley 33 de 1985, junto con los intereses moratorios. Asimismo, se ordene a las demandadas reconocer los

derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de febrero de 1953, se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 20 de septiembre de 1982, para el 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, ha cotizado 613.14 semanas. Adujo que en el reporte de cotizaciones no están incluidos los periodos de servicio prestados a la Contraloría General de la República del 25 de junio de 1974 al 3 de enero de 1982 correspondiente a 386,9. Tampoco, están registradas 269,7 semanas que corresponden al tiempo laborado y no cotizado por la empresa Ladrillera Alemana S.A.S., cuyo pago fue dispuesto en el proceso n.º110013105034201300718, para los periodos mayo y septiembre de 2002, junio a diciembre de 2008, enero a diciembre de 2009, 2010, 2011 y 2012 y de enero a junio de 2013, previo cálculo actuarial realizado por la administradora. Manifestó que a lo largo de su vida laboral sumando tempos públicos, privados y aportes en mora acredita 1.293 semanas.

Indicó que una vez en firme la sentencia dentro del proceso ordinario adelantado por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de mayo de 2017, solicitó a Colpensiones reconocer la pensión de vejez, pero la entidad no dio respuesta de fondo, pues le remitió el 14 de noviembre de esa anualidad misiva que indicaba los requisitos para realizar aportes en mora. Expone el actor que el incumplimiento del empleador no le es imputable; sin embargo, según reporte de semanas apenas ha cotizado a prima media 1.002 semanas. Señaló que requirió a la demandada el 19 de febrero de 2020, para que le reconociera la pensión, empero la entidad contestó de forma negativa (expediente digital)

Colpensiones rechazó las súplicas, excepto las relacionadas con declarar la edad del demandante al 1 de abril de 1994 y al 25 de julio de 2005, que es beneficiario del régimen de transición. Admitió la data en que el demandante nació, aquella en que se afilió a prima media, la edad que tenía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, que es beneficiario del régimen de transición, la petición de imputación de periodos en mora y de reconocimiento de la pensión y los actos administrativos emitidos en

respuesta. También que la entidad requirió al empleador para que efectúe los pagos ordenados en la sentencia. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa argumentó que el actor cuenta con 750 semanas al 25 de julio de 2005, por tanto en su caso el régimen de transición se extendió hasta el 2014, empero no acredita el número de semanas mínimo para acceder a la pensión en los términos previstos en el Decreto 758 de 1990 y tampoco cumple con el número dispuesto en la Ley 797 de 2003 (expediente digital).

La Contraloría General de la República se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del accionante, la edad a la entrada de la Ley 100 de 1993 y a la presentación de la demanda, el tiempo de servicios prestado a la entidad y que Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de vejez. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, pago de lo no debido y las demás declarables oficiosamente. Señaló que el accionante le prestó servicios y el tiempo, las interrupciones y los salarios están certificados, razón por la cual no está llamada a responder por ninguna de las pretensiones de la demanda (expediente digital).

Por auto del 24 de agosto de 2020, se tuvo por no contestada la demanda respecto de Ladrillera Alemana S.A.S.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de noviembre de 2020, resolvió:

CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a reconocer y pagar al demandante JOSE ALFREDO ORTIZ pensión de vejez en aplicación de la ley 71 de 1988, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a partir del 17 de febrero de 2017, por 13 mesadas pensionales al año.

CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la suma de \$37.634.238 por concepto de retroactivo pensional liquidado entre el 18 de febrero de 2017 al 31 de octubre de 2020.

CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer y pagar al demandante intereses moratorios a partir del 18 de junio del año 2020 sobre la totalidad del retroactivo pensional generado a dicha calenda.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio smlmv.

QUINTO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a la demandada Contraloría General de la Nación y en cuanto a la demandada Ladrillera Alemana, ya existe cosa juzgada por lo que deberá atenerse a lo que ya había sido resuelto.

En lo fundamental señaló que el demandante contaba con más de 40 años de edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por tanto es beneficiario del régimen de transición el que en su caso se extendió hasta el 2014, por contar con más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2004, por tanto tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión al amparo de la Ley 71 de 1988, como quiera que prestó servicios por más de 20 años. En el conteo de semanas tomó en consideración periodos en mora como quiera que Colpensiones no demostró haber adelantado acciones de cobro pese a que el empleador reportó la novedad de ingreso. Señaló que no es posible otorgar la prestación de conformidad con el Acuerdo 049 de 1994 aprobado por el Decreto 758 del mismo año porque esta norma no permite acumular tiempos públicos y privados

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones imploró revocar la decisión al argumentar que aun al tener en consideración los periodos en mora con Ladrillera Alemana S.A.S., el demandante no logra acreditar 1000 semanas cotizadas, por tanto no es viable reconocerle pensión como beneficiario del régimen de transición. De otro lado sostuvo que tampoco es procedente el reconocimiento y pago de intereses moratorios, pues la prestación no se dejó de reconocer por culpa de la entidad, sino del empleador moroso que pese a los varios requerimientos no ha procedido con el pago de aportes en mora.

IV. GRADO JURISIDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente su análisis en grado de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente a efectos de contabilizar las semanas por cotizadas por el demandante incluir aportes en mora, si es beneficiario del régimen de transición y acredita los requisitos para acceder a la pensión al amparo de lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, junto con los intereses moratorios.

i). Aportes en mora

Conviene recordar que la Sala de Casación Laboral, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados (Ver sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró la SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ

SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En la historia laboral aportada por Colpensiones, generada el 16 de julio de 2020, se evidencia que el empleador Ladrillera Alemana reportó la novedad de ingreso del demandante para el 1 de diciembre de 2001, pero no se ve reflejada novedad de retiro alguna. Vale indicar que esta empresa realizó cotizaciones intermitentes hasta el 31 de julio de 2013.

Ahora, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 7 de diciembre de 2015 (expediente digital carpeta pruebas demanda) impuso la siguiente condena al empleador mencionado:

PRIMERO: CONDENAR a la parte demandada LADRILLERA ALEMANA S.A.S a realizar pagar o cancelar ante la Administradora Colombiana de Pensiones

COLPENSIONES el valor de los aportes de su ex trabajador señor JOSÉ ALFREDO ORTIZ PASTRANA identificado con CC No. 19.194.720 de los siguientes periodos:

Del 1 de mayo al 31 de mayo de 2002 con un IBC de \$492.000
Del 1 al 30 de septiembre de 2002 con un IBC de \$541.000.
Del 1 de junio al 30 de diciembre con un IBC de \$650.000.
Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2009 con un IBC de \$650.000
Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2010 con un IBC del S.M.L.M.V.
Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2011 con un IBC del S.M.L.M.V.
Del 1 de enero al 31 de diciembre de 2012 con un IBC del S.M.L.M.V.
Del 1 de enero al 30 de junio de 2013 con un IBC del S.M.L.M.V.

Esas cotizaciones las realizará la LADRILLERA ALEMANA S.A.S. en su totalidad conforme al inciso segundo del art. 22 de la Ley 100 de 1993 y debe efectuarse el pago previo al cálculo actuarial que realice la Administradora Colombiana de Pensiones

PARÁGRAFO: Una vez ejecutoriada esta sentencia remítase a COLPENSIONES la documentación necesaria.

SEGUNDO: NEGAR las restantes pretensiones de la demanda.

TERCERO: DECLARAR sin mérito alguno las excepciones propuestas por la parte demandada

CUARTO: COSTAS a cargos de la parte demandada. En la liquidación de costas que efectuará la secretaría inclúyase la suma de \$3.000.000 por concepto de agencias en derecho.

QUINTO: ORDENAR al demandante hacer pago de los honorarios al auxiliar de la justicia conforme la parte motiva de esta providencia.

En el acta de la audiencia se verifica que en la fecha el Juez dejó la observación: *Se declaró en firme y ejecutoriada la sentencia, se ordenó por secretaría realizar la liquidación de costas.* Anotación esta que puede leerse también en el sistema de consulta de procesos.

Puestas las cosas de esta manera, no es posible en virtud del proceso que ahora corresponde a la Sala analizar entrar a determinar si existió una relación laboral continúa entre el empleador moroso y el accionante, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 303 del Código General del Proceso este asunto ya fue definido.

Así las cosas, la Sala debe tomar en consideración sin reparo que la relación entre el demandante y Ladrillera Alemana S.A.S. existió y como quiera que Colpensiones no demostró por ningún medio que adelantó gestiones de cobro tendientes a obtener el pago de aportes en mora la Sala debe tomar los dispuestos en la sentencia a fin de totalizar las semanas cotizadas. Vale indicar que en la sentencia se relaciona el periodo «*Del 1 de junio al 30 de diciembre con un IBC de \$650.000.*» sin especificar el año,

por tanto, apenas se tomarán en consideración los ciclos individualizados por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá.

Por tanto, para la verificación de densidad de semanas, la Sala tendrá los periodos: 1 de mayo al 31 de mayo de 2002, 1 al 30 de septiembre de 2002, 1 de enero al 31 de diciembre de 2009, 2010, 2011, 2012 y 1 de enero al 30 de junio de 2013. , por considerar que no existe una razón jurídica atendible para no contabilizar esos tiempos, pues en el expediente administrativo no aparece prueba alguna que demuestre que Colpensiones desplegó las acciones a su cargo para obtener de los empleadores el pago de lo adeudado junto con los intereses, pese a que de conformidad con el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.3.3. del Decreto 1833 de 2016, era su deber cobrar las cotizaciones *“así como de los **intereses de mora** a que haya lugar, pudiendo repetir contra los respectivos empleadores por los costos que haya demandado el trámite pertinente, en los términos señalados en el literal h) del artículo 14 del Decreto 656 de 1994.”* En tal virtud, no puede el afiliado asumir las consecuencias de la desidia de la administradora y ver frustrado el acceso a una pensión de vejez.

Así las cosas, al no efectuar el cobro de los aportes y de los intereses de mora, según lo ha considerado ampliamente la Corte Suprema de Justicia, Colpensiones debe tener en cuenta aquellos periodos para efectos del reconocimiento de la prestación.

Régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación de quienes al momento de entrar en vigor el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

Se observa que el demandante a 1 de abril de 1994 contaba 41 años, dado que nació el 12 de febrero de 1953 (fl. 10 anexos demanda). De conformidad con el reporte de Colpensiones y el certificado expedido por el Ministerio de Hacienda el 3 de abril de 2020 se observa que para el 1º de abril de 1994, José Alfredo Ortiz Pastrana contaba 691.14 semanas cotizadas; de suerte que en razón a la edad es beneficiario de transición.

Ahora, no puede olvidarse que el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, el accionante cumplió 60 años el 12 de febrero de 2013, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010, empero a 25 de julio de 2005 contaba 929.28 semanas cotizadas, luego en su caso, opera la prórroga de la transición.

Bajo ese panorama, estima la Sala que es procedente reconocerle la pensión de conformidad con la Ley 71 de 1988, pues acreditó más de 20 años de servicios con anterioridad a la fecha límite dispuesta por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues consolidó 1.173 semanas o lo que es lo mismo 8.211 días que equivalen a 22 años y 9 meses.

Importa señalar que la Colegiatura a fin de determinar el número de semanas cotizadas tomó en consideración a más de los periodos en mora con el empleador Ladrillera Alemana S.A.S; los tiempos de servicio al Ejército Nacional desde el 1 de diciembre de 1987 hasta el 16 de marzo de

1990 y a la Contraloría General de la República del 25 de junio de 1974 al 3 de enero de 1982, relación esta que presentó dos interrupciones: la primera desde el 6 de octubre de 1981 hasta el 4 de diciembre de 1984 y la segunda desde el 5 hasta el 31 de diciembre de 1984 (expediente digital fls 15 a 20 y 50 a 55). También se incluyen las semanas que se reflejan en la historia laboral aportada por Colpensiones que ascienden a 501.29 (expediente digital carpeta expediente)

Tabla Semanas cotizadas toda la Vida					
		Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 365)	No. Semanas
				0	0,00
	Contraloria	25/06/1974	3/01/1982	2750	392,86
	azul k Ltda	20/09/1982	11/03/1983	173	24,71
	Ind. Alimenticia air	6/05/1983	1/03/1984	301	43,00
	ejercito	1/12/1987	16/03/1990	837	119,57
Simultanea	Montecz Ltda	3/03/1988	1/06/1988	0	0,00
Simultanea	Servicios sociados	16/06/1988	18/11/1988	0	0,00
Simultanea	Marlin Colombia Dr	21/02/1989	1/05/1989	0	0,00
Simultanea	Marlin Colombia Dr	1/06/1989	16/03/1990	0	0,00
	Marlin Colombia Dr	17/03/1990	19/04/1990	34	4,86
	Marlin Colombia Dr	22/05/1990	7/03/1991	290	41,43
	Marlin Colombia Dr	31/05/1991	25/04/1992	331	47,29
	Marlin Colombia Dr	12/05/1992	4/06/1992	24	3,43
	Ser y Vig Petrolera	2/12/1993	9/03/1994	98	14,00
		Subtotal a 01-04-1994		4838	691,14
	Ser y Vig Petrolera	1/06/1994	30/11/1994	183	26,14
				0	0,00
		Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 360)	No. Semanas
				0	0,00
	Sevipetrol	1/01/1995	8/01/1996	368	52,57
	Sperto Colombia	1/02/1996	24/04/1998	804	114,86
	Ladrillera Alemana	19/12/2001	31/10/2002	312	44,57
		Subtotal a 25-07-2005		6505	929,28
	Ladrillera Alemana	1/10/2007	31/12/2007	90	12,86
	Ladrillera Alemana	1/01/2009	15/04/2009	105	15,00
		Subtotal a 15-4-2009		6700	957,1
	Ladrillera Alemana	16/04/2009	31/10/2009	195,02	27,86
Simultanea	Funcionar OC	2/02/2009	1/03/2009	0	0,00
	Ladrillera Alemana	1/11/2009	1/11/2009	1	0,14
	Ladrillera Alemana	<u>2/11/2009</u>	<u>31/12/2009</u>	<u>59</u>	<u>8,43</u>
simultanea	Ortiz Pastrna	1/01/2010	31/03/2010	0	0,00
	Ladrillera Alemana	<u>1/01/2010</u>	<u>30/09/2012</u>	<u>990</u>	<u>141,43</u>
	Ladrillera Alemana	1/10/2012	30/12/2012	90	12,86
	Ladrillera Alemana	1/01/2013	28/02/2013	60	8,57
	Ladrillera Alemana	<u>1/03/2013</u>	<u>31/03/2013</u>	<u>30</u>	<u>4,29</u>
	Ladrillera Alemana	1/04/2013	1/07/2013	91	13,00
				0	0,00
		Total Toda la Vida		8.216,02	1.173,72

Causación y disfrute de la pensión

Al punto, conviene traer a colación el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, el cual dispone que: “la pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo

anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, el artículo 35 del citado precepto legal, señala que *“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, **previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión** El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.”* (Negrilla fuera de texto original).

En ese horizonte, existe una clara diferencia entre la causación del derecho a la pensión y el disfrute de las mesadas pensionales, dado que el primer evento, se suscita en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la prestación, es decir, que se configura cuando el asegurado arriba a la edad mínima requerida y también acumula la densidad de semanas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de éstos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Entre tanto, el disfrute opera previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutarla.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el caso concreto se advierte que el demandante, quien es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, alcanzó los 60 años de edad el 12 de febrero de 2013, data para la cual contaba con más de 20 años de servicios prestados. De otro lado, conforme al reporte generado por Colpensiones se verifica de dejó de cotizar el 30 de julio de 2013, manifestando así su voluntad de retirarse del sistema, por tanto tenía derecho a disfrutar de la prestación de vejez a partir del 1 de agosto de 2013.

Prescripción

Sobre el particular, el sistema jurídico colombiano prevé la institución de prescripción como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”*¹. Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por tal razón, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción.

Así las cosas, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra:

¹ Sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional.

ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

A su turno, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra la prescripción de las acciones en los siguientes términos:

ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.

En consecuencia, resulta claro que el fenómeno prescriptivo de la acción ejecutiva en materia laboral, es de 3 años contados a partir del momento en que se haya hecho exigible el derecho, tal como lo señala los artículos precedentes.

Para dilucidar el punto, en el asunto bajo examen conviene recordar que el derecho se causó el 12 de febrero de 2013. El accionante reclamó A Colpensiones el pago de la prestación el 19 de febrero de 2020 (anexos demanda fl 50). La entidad mediante Resolución 109060 del 18 de mayo de 2020 emitió respuesta negativa. La presente demanda fue interpuesta el 7 de julio de 2020, es decir, que desde el momento en que se causó el derecho y aquel en que se reclamó administrativamente transcurrió un periodo superior al trienal previsto en los artículos 488 del Código sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por tanto, tal como acertadamente concluyó la Juez, opero el fenómeno extintivo de la prescripción de los derechos causados con anterioridad al 19 de febrero de 2020.

Liquidación de la pensión

Como quiera que la prestación fue otorgada a razón de un salario mínimo legal mensual vigente, la Sala se releva de verificar el monto como quiera que la parte actora no presentó oposición y en todo caso la pensión, por mandato legal no podría ser otorgada en proporción inferior.

Intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente 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.

Sentado lo anterior, precisa la Sala que se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión, cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta el período de gracia que le concede el artículo 4 de la Ley 700 de 2001, modificado por el inciso final del párrafo 1º del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que pasó a ser de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de radicación de los documentos necesarios para resolver las solicitudes prestacionales.

En el asunto bajo examen el promotor del juicio demostró que reclamó el pago de la prestación el 19 de febrero de 2020 (fls. 50 a 55), la cual solo viene a ser reconocida en virtud del presente proceso ordinario, por tanto se causan intereses moratorios a partir del 18 de junio de 2020, como acertadamente concluyó la jueza de conocimiento.

Retroactivo pensional

Como quiera que las mesadas pensionales continuaran causándose, de ellas por mandato legal debe Colpensiones descontar los aportes al sistema de salud y se deben liquidar intereses moratorios, considera la Sala inoficioso la Sala establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de incluir la novedad en nómina de pensionados. Para ello, debe tenerse en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente fijado por el Gobierno Nacional para cada una de las anualidades a razón de 13 mesadas al año, como quiera que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, según

lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, la decisión analizada será modificada en este punto.

No se causan costas en el grado de consulta, ni en la apelación

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 4 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el cual quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la demanda a reconocer el retroactivo correspondiente a las mesadas pensionales causadas entre el 18 de febrero de 2017 y la mensualidad en la que se produzca la inclusión en la nómina de pensionados. Para ello, debe tenerse en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad sobre 13 mesadas al año y, en adelante, continuar con el pago de la mesada pensional con los reajustes legales correspondientes.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

TERCERO: Sin COSTAS en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN

Magistrada

031 2020 00165 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 32 2019 00599 01.
DEMANDANTE: JOSELÍN RAMÍREZ MARTÍNEZ
DEMANDADO: FRANCIS YEZID CORDOBA MOSQUERA Y MARÍA ÚRSULA CÓRDOBA MORENO

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de servicio profesionales de abogado desde entre el 8 de mayo y el 10 de julio de 2019, en virtud del cual fugió como apoderado de los accionados en la investigación penal n.º 110016000023201415315, adelantada en la Fiscalía 37 Local de Bogotá. En consecuencia, condenar a los demandados a reconocer y pagar los honorarios profesionales equivalentes al 30% de la suma conciliada por concepto de indemnización por la reparación integral de perjuicios y las costas del proceso. Subsidiariamente, solicita se condene al pago de honorarios de acuerdo a la tarifa de honorarios profesionales y la gestión realizada por el abogado de las víctimas

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 31 de octubre de 2014 en la carrera 91 con calle 120 a de la ciudad de Bogotá la señora María Úrsula Córdoba Moreno, fue atropellada por el vehículo VDP -637 de Transmilenio conducido por el señor Luis Alberto Garzón Yate, por este hecho se inició en la Fiscalía Treinta y Siete Local de Bogotá investigación penal contra el conductor del vehículo. La ofendida con el visto bueno de su cónyuge Francis Yezid Córdoba Mosquera en forma verbal contrataron sus servicios para el pago de la indemnización por la reparación integral de perjuicios sufridos, acordaron como honorarios el 30% de la suma que se recibiera.

Informó que fiscalía formuló acusación contra el conductor del automotor por el delito de lesiones personales culposas. Adujo que inició su gestión profesional el 8 de mayo de 2019, fecha en la cual le fue otorgado el poder. El 23 de mayo de 2019, formuló ante la aseguradora Sura solicitud de indemnización por daños y perjuicios. El 10 de junio de 2019, fue suscrito acuerdo conciliatorio ante la aseguradora por \$500.000.000. Luego el 10 de julio de la misma anualidad se le hizo entrega de esta suma a los esposos por concepto de reparación integral de perjuicios, se archivó la investigación y se ordenó la entrega definitiva del vehículo. Refirió que los demandados no cancelaron los honorarios acordados, pese a haber sido requeridos (fls. 3 a 8).

Al dar respuesta, los convocados a juicio se opusieron a la prosperidad de las pretensiones. Admitieron la ocurrencia del accidente de tránsito del que fue víctima la demandada, que la fiscalía adelantó la investigación de los hechos y formuló acusación en su contra, la solicitud de indemnización elevada por el demandante, la suscripción de la conciliación y la suma acordada, también la orden de entrega definitiva del vehículo. De los demás hechos dijeron que no son ciertos o lo son parcialmente. Propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, pago total de la obligación, temeridad y mala fe y las demás declarables oficiosamente. Argumentaron que suscribieron con el demandante un contrato de prestación de servicios que fue escrito a puño y letra por el demandante, en el cual quedó consignado incluso que de retirarse devolvería los \$3.000.000 que le fueron entregados

Expuso que con este documento se materializó el acuerdo de voluntades (fls. 78 a 85)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO. DECLARAR probadas las excepciones de pago total de la obligación y cobro de lo no debido, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. ABSOLVER a los demandados María Úrsula Córdoba Moreno y Francis Yesid Córdoba Mosquera de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Joselín Ramírez Martínez.

TERCERO. CONDENAR en costas al demandante y a favor de los demandados, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de doscientos mil pesos (\$200.000.00).

CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable al demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

En lo fundamental determinó que los demandados de manera verbal encomendaron al demandante una gestión profesional para presentar una reclamación ante la aseguradora, pues los papeles o servilletas no pueden tenerse como contrato. Estableció que no obra prueba que las partes hayan pactado como honorarios un porcentaje de la suma recibida por concepto de indemnización. Encontró que los \$3.000.000 que fueron entregados al actor y que este aceptó haber recibido, corresponden a la calidad y duración de la gestión que realizó y no es de recibo la suma que reclama en el proceso.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante imploró revocar la decisión al argumentar que el Juzgado no tomó en consideración los documentos aportados, la unidad de la prueba, pasó por alto que si bien los demandados estuvieron representados por otra apoderada, esta en más de cuatro años, no presentó el incidente de reparación, y solamente hasta su intervención fue formulado este, le permitió a la señora Úrsula obtener el pago de la indemnización.

Señaló que el Juzgado ignoró el sentido de la norma, pues al fijar la contraprestación en \$3.000.000 desconoció la tabla de honorarios de abogados que indica que en los casos penales e incidente de reparación de la víctima estos ascenderán a 10 salarios mínimos mensuales vigentes más un porcentaje de lo recaudado sin exceder el 20%. Puso de presente que una vez presentado el incidente, la aseguradora decidió conciliar por ello fue suspendida la audiencia y luego cancelada la suma de \$500.000.000, es decir que fue su actuación la que permitió obtener la indemnización, no el trabajo de una apoderada anterior. Expuso que la sentencia omite que la gestión fue exitosa y con la sentencia se vulnera el derecho a la equidad.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Por tanto, le corresponde dilucidar si el demandante tiene derecho al pago de honorarios por la representación que hiciera a los demandados.

Sea lo primero señalar que quien ejerce la profesión de la abogacía o cualquier otra profesión liberal que genere honorarios, tiene derecho a reclamarlos, cuando esté demostrada la actividad para la cual fue contratado, en razón a que el contrato de mandato es oneroso, salvo que decida hacerlo de manera gratuita. Ahora, quien pretende su pago debe acreditar el acuerdo entre las partes respecto al monto de los honorarios que se causaron en favor del gestor del proceso, por ello su regulación sólo procede a falta de estipulación expresa entre las partes (CSJ SL 3273-2022).

Obra en el expediente poder conferido por María Úrsula Córdoba Moreno al demandante Joselín Ramírez Martínez, para que la representara en calidad de víctima, este instrumento contiene nota de presentación personal del 8 de mayo de 2019 (fls 10 y 11 expediente digital). Solicitud

de indemnización por daños y perjuicios radicada por el apoderado ante Aseguradora Suramericana Sura el (fls 12 a 15) a la cual se acompaña: *i)* informe pericial de física forense emitido por el Instituto de Medicina Legal el 22 de febrero de 2019 que da cuenta que la demandada sufrió accidente de tránsito cuando conducía una motocicleta y un bus alimentador la sobrepasó a mayor velocidad obstruyendo su paso (fls 13 a 25), *ii)* certificación emitida por la Fundación Cardio Infantil adiada del 13 de marzo de 2019 en la que se indica que la demandada le prestó servicios como enfermera especialista II desde el 22 de marzo de 1994 hasta el 1 de marzo de 2017, *iii)* comunicación del 22 de noviembre de 2016, mediante la cual Seguros de Vida Alfa S.A. establece que Córdoba Moreno padece una pérdida de capacidad laboral del 72.94% de origen común, estructurada el 15 de junio de 2016, *iv)* Informe Pericial de Clínica Forense emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal el 23 de octubre de 2018, que establece 120 días de incapacidad médico legal definitiva, deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, perturbación funcional de órgano de la locomoción, de órgano periférico del sistema nervioso, el órgano de excreción urinaria y de órgano de digestión (fls 29 y 30).

Aportó igualmente, acuerdo conciliatorio suscrito entre los demandados en nombre propio y en representación de sus menores hijos y Seguros Generales Suramericana S.A. (fls 37 a 40), por el accidente de tránsito acaecido el 31 de octubre de 2014, que le produjo lesiones a la demandada, en el que se puede leer:

6. MARÍA ÚRSULA CÓRDOBA MORENO Y FRANCIS YEZID CÓRDOBA MOSQUERA mayores y con vecindad en Bogotá, identificados con las cc 54.256.570 y 79.734.728, respectivamente, quienes actúan en nombre propio como lesionada la primera, el segundo cónyuge y en representación de sus menores hijos ERICK YESID CORDOBA CÓRDOBA y HISLEN JHORLENNY CORDOBA CÓRDOBA, **indican que es su deseo suscribir este documento sin apoderado, que han sido informados por la FISCALÍA y por SURAMERICANA de su derecho a contratarlo o solicitar uno de oficio que los represente.**
7. Una vez recibido el pago, hecho efectivo el título valor, los reclamantes que suscribe este acuerdo, dan por pagados la totalidad de los perjuicios, solicitando el archivo del proceso por desistimiento, preclusión por reparación o cesación de procedimiento por reparación o conciliación, respecto del hecho indicado en este escrito. La prueba del pago efectuado será la copia simple del comprobante de egreso otorgado por la aseguradora y que los beneficiarios de la indemnización, allegarán al despacho que conoce del proceso penal en cumplimiento de lo acordado.

8. Los reclamantes quienes suscriben este documento, que son concededores de los efectos de este acuerdo, que saben que el mismo y su cumplimiento implican el archivo del proceso, que no se podrá reclamar suma o indemnización alguna con posterioridad, que se comprometen a informar a la Fiscalía del cumplimiento de este acuerdo, que no es su deseo asistir a la diligencia en que se decida el archivo del proceso o cesación por reparación integral, **pero que autorizan a su abogado en forma expresa a manifestarse sin oposición a la petición de la Fiscalía a favor del indiciado** y a la entrega del vehículo conducido por el indiciado, para lo que confieren poder especial amplio y suficiente al Doctor JOSELIN RAMIREZ MARTINEZ, identificado con c.c. 11.793.186 de Quibdó y portador de T.P. No. 112.346, para que los representen como víctimas en el proceso penal con facultad para conciliar, transigir, desistir, recibir y representarlos en audiencias. (negrillas fuera del texto).

El instrumento, fue suscrito tanto por los demandados como por el demandante en calidad de *APODERADO DE VÍCTIMAS* y contine nota de presentación personal del 10 de junio de 2019 (fls 42 y 43).

Vista a folios 50 y 51 obra constancia emitida por la Fiscalía General de la Nación en la que se indica que para el día 19 de junio de 2019, la Fiscalía 37 Local fijó fecha para llevar a cabo audiencia de traslado de escrito de acusación por el delito de lesiones culposas con ocasión a la infracción del deber objetivo de cuidado relacionada con la maniobra imprudente del conductor del vehículo VDO 637 Luis Alberto Garzón Yate. Allí aparece como apoderado de las víctimas el demandante y se puede leer que apoderado de la aseguradora puso de presente que el 10 de junio se había suscrito acuerdo conciliatorio con la señora María Úrsula y su apoderado, según el cual el 3 de julio de 2019, se pagaría la suma de \$500.000.000, por lo que solicitó el aplazamiento de la audiencia y varíe el sentido de la misma.

Del contenido de la constancia de folios 53 a 55, se evidencia que el 10 de julio de 2019, ante la fiscalía 37 compareció María Úrsula Córdoba Moreno y manifestó que la aseguradora le hizo entrega de cheque por \$500.000.000 legal y válido, como consecuencia del cumplimiento del acuerdo conciliatorio se dispuso ordenar el archivo por indemnización integral a las víctimas y la entrega del vehículo documento también suscrito por el demandante en su calidad de apoderado de las víctimas.

La parte demandada aportó documentos como constancia de pago de cuotas en el primero se puede leer:

Yo María Úrsula Córdoba Moreno entrego 500.000 quinientos mil pesos a Dr, Joselín para continuar con el cobro del accidente. Quedo pendiente 2.500.000 \$ dos millones quinientos mil los cuales se pagaran a cuotas de 700.000 y 500.000 si el Dr Joselín abandona el caso pagará los \$3.000.000 como se le pagaron 15.04/19. (fl. 103).

Recibí: de la señora Úrsula Cordero Moreno a suma de \$700.00.00 por concepto de honorarios. 15 Mayo 2019. (fl. 104).

24-4-19 Entrego=500.000 A Joselín para continuar con el caso a la reclamación (fl. 104).

Entrego 6-5-19 500 mil pesos queda pendiente 800 mil pesos del caso del accidente (fl. 105).

10-07-2019 Se entrega al Dr Joselin Ramirez Martinez los \$800.000-ochocientos mil pesos que están pendientes de los 3,000.000 tres millones por lo del caso del accidente reclamación de la misma.

(Los anteriores párrafos corresponden a la transcripción del contenido de los documentos indicados)

Aportó igualmente, queja disciplinaria formulada en contra del accionante y ante el Consejo Superior de la Judicatura, en la que indica que este la acompañó a una audiencia surtida dentro de un proceso penal ante la Fiscalía 37 con la Aseguradora Seguros Generales (fls 108 y 109):

Con antelación a la diligencia de conciliación de forma personal pactamos con el señor RAMIREZ MARTÍNEZ, la suma de TRES MILLONES DE PESOS MCTE (\$3.000.000), por la asistencia a la diligencia de conciliación y la radicación del derecho de petición a la aseguradora para la realización del pago, suma en la que el abogado RAMÍREZ MARTÍNEZ, estuvo totalmente de acuerdo, debido a que se le hizo entrega de toda la documentación necesaria para adelantar la reclamación.

Al rendir declaración de parte la demandada María Úrsula Córdoba Moreno dijo que otorgó poder al demandante para que presentara una reclamación en la aseguradora, negó haber pactado por esta gestión el pago de 30% sobre la suma obtenida y dijo que acordaron el pago únicamente de \$3.000.000, pues las pruebas *ya se habían recogido* durante cuatro años con otra abogada.

Al absolver interrogatorio de parte el demandado Fracis Yezid Córdoba Mosquera, esposo de Córdoba Moreno dijo que su cónyuge adelantó gestiones en la fiscalía que condujo a encontrar culpable al conductor del vehículo. Aseguró que pactaron con el actor, en unos

papeles elaborados por la demandada, cancelarle \$3.000.000 y así se hizo. Dijo que él nunca otorgó poder al actor. Aseguró que, aunque podía sacar de manera directa sus honorarios no lo hizo, pues prefiere que lo hagan directamente los poderdantes.

Al rendir declaración de parte el actor dijo que los demandados lo contactaron para que realizara una reclamación ante la aseguradora, revisara un dictamen de medicina legal y verificara algo de la pensión. Dijo que sacaron las copias del proceso *y de la empresa que la pensionó*. Expuso que cobró a las partes \$3.000.000 para el estudio del proceso penal y ver que era cual era la situación real. Dijo que asistió a una audiencia en compañía de la demandada, allí se abrió la posibilidad de conciliar y él le manifestó que *«es el 30% de lo que se concilie»*. Manifestó desconocer la razón por la cual debía presentarse la solicitud de conciliación para poder precluir la investigación penal, pues en esta se busca la reparación de la víctima. Aseguró que a los tres días regresó a la casa de la demandada, en compañía de Erick Ortega le llevó el borrador del contrato de prestación de servicio y me pidió que se lo dejara, que no podía ir a la notaría. Después los demandantes debieron autenticar el poder con facultades para conciliar, todos fueron a una notaría y allí volvieron a hablar que se debía pagar el 30%, les dijo la fecha en que iba a salir el cheque, una vez recogido el título valor la demandada le dijo que lo cambiaría y le llevaría el dinero a su casa, pero luego que él firmó el desistimiento, ella le manifestó que no le pagaría nada.

Aseguró que no era viable hacer un contrato que contemplara la conciliación pues se trataba de una acción penal. Aceptó que recibió el abono de \$3.000.000 y firmaba en unas servilletas en las que la señora escribía porque siempre estaba de afán para salir a citas. Admitió que recibió un abono de \$700.000 y él mismo elaboró un recibo y lo firmó.

Por solicitud de la parte demandante fue escuchado el testimonio de Jairo Rincón Achury quien manifestó ser abogado, apoderado de Seguros Generales Suramericana S.A., manifestó que el actor como apoderado de la señora María Úrsula presentó una reclamación, adelantó todos los tramites, la negociación y cuando se llegó a un acuerdo acerca de la suma,

le dio la posibilidad de pagarle directamente los honorarios y él indicó que no, que la señora era un poco desconfiada y prefería no tener ningún inconveniente con su cliente, que no veía ningún inconveniente que le pagaran a ella el 100% de la indemnización y que después arreglaba con ella. En días posteriores se encontraron en la fiscalía y allí el actor le comentó que la señora no le había pagado, frente a lo cual él le manifestó que no podía hacer nada, pues la compañía había cumplido, pagado la indemnización y no sabía que porcentaje habían pactado en el contrato. Señaló que el actor adelantó su gestión en un 100% ante la compañía de manera honesta

Analizados los medios de prueba antes señalados, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que el demandante demostró que prestó servicios profesionales a los demandados a quienes acompañó a suscribir el acuerdo conciliatorio con la aseguradora, mediante el cual se repararon los perjuicios generados con ocasión de las lesiones sufridas por María Úrsula Córdoba Moreno en un accidente de tránsito. También actuó en su representación ante la Fiscalía 37 Local de Bogotá, en las diligencias surtidas los días 19 de junio y 10 de julio de 2019, en la primera se anunció el acuerdo conciliatorio, en la segunda se dio constancia del cumplimiento del mismo y se dispuso el archivo por indemnización integral a las víctimas y la entrega del vehículo.

Así las cosas, el actor cumplió con la carga de demostrar la prestación de servicios profesionales. Empero, no obra contrato o documento alguno que dé cuenta que tal como asegura, los honorarios fueron pactados en un 30% de la suma conciliada.

Importa destacar que al absolver interrogatorio de parte los demandados aseguran que solamente se pactó el pago de \$3.000.000 por presentar la reclamación ante la aseguradora, suma esta que el actor reconoció haber recibido según consta en los comprobantes aportados en servilletas y papeles informales.

Ahora bien, la Corporación Colegio Nacional de Abogados “Conalbos” señala que para fijar las tarifas de los servicios de los abogados han de

tenerse en cuenta como factores determinantes la gestión encomendada, las condiciones económicas del poderdante, los medios de convicción o prueba que aporte el interesado para demostrar el derecho y la facilidad o dificultad que exista para sacar avantes las pretensiones encomendadas, la cuantía, también la experiencia profesional y la especialización y la trayectoria del abogado. Además enseña que las tarifas determinadas por esta agremiación en los casos en que el proceso termine por conciliación o transacción pueden ser disminuidas veamos:

2.8. Transacción o conciliación. Las tarifas aquí determinadas podrán reducirse hasta en un cincuenta por ciento (50%) en los procesos que terminen mediante transacción o conciliación. De todas formas se tendrá en cuenta la actividad del profesional como determinante para obtener un arreglo por la vía rápida. Como lo que interesa es la eficacia profesional, puede el abogado a su arbitrio, cobrar las mismas tarifas aquí fijadas para el proceso. De cualquier manera, pueden convenirse honorarios profesionales que respeten la equidad y la justicia pero, para que tengan eficacia, deben ser estipulados previamente por escrito

En el asunto bajo examen resulta relevante recordar que el accidente de tránsito que ocasionó lesiones a la demandada y generó el pago de perjuicios para sí y su grupo familiar acaeció en el año 2014 y el poder al accionante apenas vino a conferirse en mayo de 2019, cuando la Fiscalía había adelantado la investigación mediante la cual encontró mérito para formular acusación en contra del conductor del vehículo por el delito de lesiones culposas, que se estructuraron según se evidencia con los diferentes dictámenes emitidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal, individualizados por el Tribunal en su oportunidad. Es importante destacar que para que el Estado a través de su órgano investigativo pudiera adelantar las averiguaciones, indudablemente medio querrela, esta que no fue interpuesta por el hoy reclamante Joselín Ramírez Martínez.

Es importante destacar que el curso de la querrela y proceso de investigación, claramente motivaron a la aseguradora a conciliar y no la gestión del aquí demandante, pues nada diferente fue demostrado en el proceso. Aunque en el recurso se alega que fue este quien formuló el incidente de reparación, no obra el escrito que debió presentar el abogado, tampoco hay constancia de actuaciones adelantadas ante la Fiscalía y ello

resulta lógico pues su encargo apenas se extendió por un poco más de dos meses entre el 8 de mayo y el 19 de julio de 2019, esto es, transcurridos más de 4 años desde el siniestro y ad portas del acuerdo conciliatorio.

Tampoco está demostrado que gracias a su gestión jurídica o participación activa en negociaciones, propuestas o acercamientos los demandados hubieren obtenido una indemnización superior a la que hubiere ofrecido la aseguradora y que por tanto su intervención fue crucial o determinante. Si bien el testigo Jairo Rincón Achury representante de la aseguradora señaló que el actor adelantó al 100% la actuación no fue preciso en señalar en que consistió la misma y según los instrumentos obrantes en el proceso solamente presentó la reclamación y acompañó a los demandados el día en que la conciliación fue suscrita, en la cual, por demás, quedo expresamente consignado que estos actuaban en nombre propio y sin intervención de abogado.

Ahora bien, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en cuanto a los honorarios en sentencia CSJ SL 3212-2018:

Y es que no podía ser de otra manera, pues las tarifas de abogados, en puridad de verdad se constituyen en pautas o derroteros a fin de que, tanto el profesional del derecho como el cliente, cuenten con unas condiciones definidas al respecto, pero no sólo ello, sino que al mismo tiempo sirven de parámetros serios y objetivos para que los funcionarios judiciales puedan fijar los honorarios, en caso de que hubiese controversia en cuanto a su monto, o como en el sub examine ocurrió, que a pesar de estar demostrado que hubo un convenio entre las partes sobre las tarifas de honorarios a cobrar por el demandante, no estaban claras las bases sobre las que se aplicarían los porcentajes acordados en cada proceso, para llegar a la cuantía a cancelar; por tanto, perfectamente podía suplirse cualquier vacío con las tablas contenidas en la tarifa respectiva de Conalbos; pues de no hacerse, se tornaría nugatorio el derecho plenamente acreditado en el proceso, además, inequitativo.

Pues bien, en el evento de procesos penales está prevista por la Corporación Colegio Nacional de Abogados “Conalbos” la siguiente compensación:

18.1. Consulta oral. Un salario mínimo legal vigente.

18.7.10. Constitución de la parte civil dentro del proceso penal. Dos salarios mínimos legales vigentes y un porcentaje del 30% sobre las sumas recaudadas

Estima la Colegiatura que tal como acertadamente concluyó el *a quo* la suma cancelada al demandante de \$3.000.000 compensa su gestión y la representación que hiciera de los hoy demandados. En consecuencia, resulta forzoso confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, 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., el 6 de julio de 2021.

SEGUNDO Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2021 00194 01
DEMANDANTE: EDUARDO DELIO GÓMEZ LÓPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación que interpusieron las demandadas las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de enero de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la *ineficacia de la afiliación* al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A., y válidamente afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad. Declarar que las AFP Protección y Porvenir incumplieron el deber de información al momento de los traslados. En consecuencia, condenar a las AFP a registrar en su sistema de información que los traslados fueron ineficaces. A Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos y títulos pensionales a que hubiere lugar, así como los gastos de administración y comisiones a su cargo, sin lugar a descuentos. A la última a activar la afiliación y recibir la totalidad de estos valores. Se disponga a las

demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo vinculado al régimen de prima media donde cotizó 673 semanas, se trasladó al RAIS en 1998 a través de la AFP Colmena. Adujo que a su lugar de trabajo un promotor del fondo privado, le informó que el ISS sería liquidado y que debía trasladarse a esta AFP. Posteriormente en 2000 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir. Aseguró que ni Protección, ni Porvenir le informaron sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco fue informado sobre el derecho de retracto. Señaló que en respuesta a petición formulada le remitió copia del formulario de afiliación efectuado con Horizonte, le indicó que la afiliación fue válida que la declaratoria de ineficacia está en cabeza de los jueces competentes y que en el RAIS a los 62 años su mesada pensional sería de \$2'226.400. De conformidad con proyección pensional contratada de manera particular teniendo en cuenta un ingreso base de liquidación de \$9'355.084 su mesada pensional en Colpensiones ascendería a \$7'096.316. Finalmente, (expediente digital, archivo 01, fls. 1 al 14).

La AFP Porvenir S.A., se opuso al éxito de las peticiones. Admitió el la afiliación actual a esa AFP, la solicitud de traslado de régimen, proyección pensional y copia del formulario de afiliación y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. 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. En su defensa, sostuvo que el actor suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época del traslado. Señaló que cumplió cabalmente con el deber de información (expediente digital, archivo 16, fls. 1 al 26).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Admitió su afiliación, el traslado a Porvenir, la solicitud de anulación de afiliación y su respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia

de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Horizonte S.A., inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, prescripción y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses refirió que sus actuaciones han estado enmarcadas en los principio de buena fe y legalidad. Que el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS con la suscripción del formulario, el que suscribió de manera libre. Refirió que brindo una asesoría completa conforme lo exigía el ordenamiento jurídico para la época (expediente digital, archivo 18, fls. 1 a 28).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó la afiliación al RPM, las semanas cotizadas, el traslado de régimen a través de Colmena, la solicitud de traslado, su respuesta y la respuesta a la solicitud de información por parte de la Superfinanciera. De los demás hechos dijo que no le constan. Planteó 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 y las demás declarables oficiosamente. Alegó que el demandante está incurso en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad, no hizo uso del derecho de retracto y no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 22 fl. 1 al 42).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de enero de 2022 (archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado Eduardo Delio Gómez López, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP Protección, y como consecuencia, se ordena a Porvenir, fondo en que está afiliado el demandante, a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, con sus rendimientos.

SEGUNDO: Se CONDENA a Protección y Porvenir S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo en que había permanecido afiliado en el fondo privado, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Se CONDENA a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a volver a afiliarse al señor Eduardo Delio Gómez López al régimen de prima media con prestación definida a recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

CUARTO: Se CONDENA en costas a Protección, señalamos como agencias en derecho \$1.000.000, que se incluye en la liquidación de costas, sin costas para Colpensiones ni para Porvenir.

QUINTO: De no ser apelada la decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que brindó información completa y suficiente que le permitiera al actor tomar la decisión consiente de trasladarse, requisito que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A., aspira se revoque la orden de devolver gastos de administración, pues estas sumas que fueron descontadas por mandato legal, están destinadas a retribuir a la AFP por su gestión. Sostuvo que oportunamente, trasladó todos los recursos a Horizonte hoy Porvenir.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, al argumentar que la AFP es un tercero de buena fe y no realizó un traslado de régimen, sino un traslado horizontal, con la intención del demandante de unificar cesantías y pensión en un solo fondo. Arguyó que cumplió cabalmente con el deber de información que le asistía al momento del traslado. Puso de presente que el actor en el interrogatorio de parte acepto que tenía conocimiento de la posibilidad retornar a prima media en el

término establecido por la ley; sin embargo, decidió permanecer afiliado al RAIS, desplegando una conducta negligente. Rechazó la devolución de gastos de administración y primas de seguros, pues estos valores son descontados por mandato legal y mantuvieron cubierto al actor frente a los riesgos de invalidez y muerte retribuyeron a la AFP por su buena gestión.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, al exponer que la seguridad social es un derecho autónomo y el acto de afiliación y traslado de régimen es voluntario. Refirió que no tuvo injerencia en el acto jurídico cuestionado. Señaló que la AFP brindó al demandante la información debida en los términos previstos en la ley para esa época y no es posible exigir que se acrediten requisitos incorporado el ordenamiento jurídico con posterioridad. Arguyó que al rendir declaración de parte el actor admitió saber cuál sería el tratamiento de sus aportes, pese a ello, decidió permanecer afiliado al RAIS por más de 20 años y realizó traslados horizontales. Precisó que la sentencia atenta contra el equilibrio financiero del sistema, porque afectará la reserva pensional. En caso de no acogerse a las suplicas, solicitó que se faculte a Colpensiones para que por las vías judiciales pueda obtener el valor de los perjuicios en valores no previstos al momento de realizarse un reconocimiento pensional.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte,

el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura

con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 1 de julio de 1982 (expediente digital, archivo 23, fl. 102 a 105). Prestó servicios a entidades de sector público entre ella la Fiscalía General de La Nación desde el 1 de noviembre de 1992 hasta el 21 de noviembre de 1993, entidad que cotizó a Cajanal y la Universidad de Nariño en varias oportunidades, entidad que asume cada periodo (expediente digital archivo 01 fls. 98 a 108). Según el certificado emitido por Asofondos el actor migró al RAIS, administrado por la AFP Colmena el 1 de agosto de 1998, posteriormente, se trasladó a ING el 1 de abril de 2000, luego a Horizonte el 1 de enero del 2001 y a partir del 1 de enero de 2014 y en adelante a Porvenir (expediente digital, archivo 16, fl. 57).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que, para la época del traslado prestaba servicios a una universidad esta que cotizaba a un fondo especial, pero el Estado no le permitió seguir funcionando y ordenó el traslado de todos sus afiliados y él lo hizo a Colmena, pues el asesor le informó que el Seguro Social se iba a liquidar. Y le prometió que al afiliarse al RAIS tendría beneficios tales como un ahorro voluntario, rendimientos, pensión sería heredable, por lo cual suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. Relató que previo al traslado el asesor de la AFP no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, que le permitiera tomar una decisión informada. Señaló que *de vez en cuando* recibió extractos de Protección.

Arguyó que se trasladó horizontalmente a Horizonte, hoy Porvenir porque quería unificar en un solo fondo sus productos de cesantías y pensiones, pero que no le brindaron información adicional. Señaló que sabía que los fondos privados invertían su ahorro y generaba rendimientos en su cuenta, asimismo que en el 2006 su ahorro se redujo por una crisis mundial, pero decidió seguir afiliado al RAIS. Refirió que de 2005 al 2008, se enteró por compañeros de trabajo que el RPM resultaba más favorable la mesada pensional sería más alta allí; sin embargo, por centrarse en sus estudios de doctorado no hizo el traslado oportunamente. Adujo que posteriormente intentó retornar en el 2012; empero, estaba incurso en prohibición legal en razón de la edad. Arguyó que solicitó hace tres años a *Horizonte* proyección pensional y evidenció que la diferencia del valor de la

mesada pensional entre regímenes es significativa. Adujo que la motivación para retornar a prima media es la ausencia de información al momento del traslado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de

los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 31 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

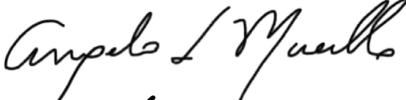
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2020 00446 01
DEMANDANTE: HUGO RAFAEL MORENO REALES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare “*ineficaz la afiliación*” al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento. Así mismo, ordenar a la última a recibir la totalidad de los aportes, la afiliación y activarla. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inicio sus aportes a pensiones en el ISS y cotizo 529 semanas en el RPM. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 22 de noviembre de 1996. Adujo que el promotor de la AFP le dijo que era probable que el ISS fuera liquidado, situación que pondría en peligro sus semanas cotizadas y podría perderlas, por tanto su mejor opción era trasladarse al RAIS donde obtendría una pensión en mejores condiciones, pero no le explicó como sucedería, no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas, menos aún le puso de presente que no podría retornar cuando le faltaren menos de diez años para cumplir la edad de pensión. Sostuvo que de acuerdo con una proyección pensional efectuada por la AFP su mesada en el RAIS sería de \$1.769.400, entre tanto en Colpensiones ascendería a \$6.667.774 conforme a su ingreso base de liquidación de \$9.365.956 de acuerdo a liquidación efectuada por Yabar Liquidaciones. Refirió que solicitó a la Superintendencia Financiera y a la Procuraduría General sobre el deber información a cargo de las AFP con sus afiliados e indicó que solicitó a las demandadas el retorno al RPM, pero fue negado (expediente digital, carpeta 01, documento 03 fls. 1 a 12).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió la petición elevada por el accionante y la vinculación al fondo. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. 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. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues se cumplió con la obligación de información en los términos establecidos para la fecha del traslado (expediente digital, documento 07 fls. 1 a 29).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la afiliación al régimen de prima media, el número de semanas cotizadas en el RPM, el traslado de régimen, la reclamación administrativa, su respuesta negativa y la respuesta a la Procuraduría General de la Nación. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de

«inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, 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 de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad, hecho insuperable pues no contaba con 750 semanas cotizadas al 1 de abril de 1994 y para el momento apenas tenía una mera expectativa la cual carece de amparo (expediente digital, archivo 08 fls. 1 a 21).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de julio de 2022 (expediente digital, documento 28), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor Hugo Rafael Moreno Reales del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1 de enero de 1997, a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir

SEGUNDO: ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y a trasladar a Colpensiones, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por 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, debidamente indexadas a la fecha de su pago. Lo anterior, con la aclaración de que la orden se extiende a los periodos en que el demandante estuvo vinculado con la AFP Horizonte.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDÉNESE en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones liquidándose como agencias en derecho con la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de cada una de las encartadas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, a favor de Colpensiones en grado jurisdiccional de consulta acorde lo establece el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que cumplió con su deber de información más allá de haber suscrito el formulario de afiliación, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que la entidad es un tercero que actuó de buena y no intervino en el acto del traslado, con todo la suscripción del formulario se realizó de manera libre y consciente, por lo que la AFP cumplió con el deber de información exigido para la época. Sostuvo que el actor no tenía una expectativa legítima para la fecha del traslado, es un afiliado lego que tenía a su cargo deberes legales de informarse y como consumidor financiero, pero a más que no los observó, ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS con la permanencia por un largo periodo.

Manifestó que con la declaración de ineficacia afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y el reconocimiento de las pensiones de los actuales afiliados. Solicitó revocar la condena en costas por cuanto no faltó en ningún momento a sus deberes legales y la vencida en juicio fue la AFP.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al señalar que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de forma homogénea o indiscriminada a todos los procesos en los que se solicita la ineficacia de la afiliación. Sostuvo que el actuar de la AFP siempre ha

estado precedido de buena fe y observado los presupuestos legales. Señaló que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria y se le brindó información sobre las consecuencias de su decisión y características del régimen. Advirtió que en la suscripción de los tres formularios de afiliación el primero con Porvenir, el segundo con Horizonte y el último nuevamente con Porvenir que no fueron objeto de tacha se cumplieron los requisitos exigidos para la validez del acto jurídico. Refirió que el demandante como consumidor financiero debió actuar con diligencia, no puede enrostrar engaño alguno pues las normas que regulan el acto del cambio son de conocimiento público.

Arguyó que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues estas sumas tienen una destinación específica y fueron invertidas en la forma que impone la ley. Además solicitó desestimar la condena en costas al no proceder la declaración de ineficacia del traslado.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una

cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 4 de abril de 1980 (expediente digital, documento 01,

fls. 28 a 32), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 22 de noviembre de 1996, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 07, fl. 30), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente cambió a la AFP Horizonte el 1 de mayo de 1999 y a partir del 1 de diciembre de 2000 a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, documento 07 fl. 78).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado trabajaba como médico para la “*Fundación Médico Preventiva*” y la empresa “*Bon Salud*”. Su empleador ante la situación que atravesaba el ISS llevo un asesor de la AFP Porvenir para que les facilitara el cambio, el expuso que el ISS estaba en crisis y era eventual su cierre, razón por la cual fueron creados los fondos privados para mantener las semanas cotizadas de los afiliados al ISS y así garantizarles un futuro pensional. Refirió suscribió el formulario de traslado para no perder ese “*derecho a futuro*”, pero que no lo leyó detenidamente. Advirtió que sus traslados horizontales se dieron de la misma manera que el inicia. Aceptó recibir extractos del fondo y limitarse a verificar si le estaban cargando las semanas cotizadas. Expuso que posteriormente solicitó asesoría al fondo, empero no la obtuvo. Aceptó que su interés de retornar a Colpensiones radica en el valor de la mesada pensional, pues conforme a las proyecciones que el dio la AFP obtendría allí apenas obtendría un salario mínimo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021)

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será confirmada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión tal como acertadamente concluyo el *a quo*.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones o Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, además de declararse la ineficacia del traslado, se ordenó el traslado y recepción de recursos y la actualización de la historia laboral. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a las demandadas a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2022, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. que al momento de cumplir la orden, discrimine todos los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



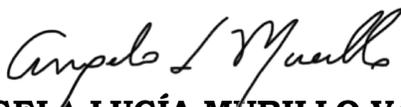
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 037 2020 00359 01
DEMANDANTE: WALTHER GUILLERMO ABONDANO MIKAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de mayo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A., y válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, ordenar a la AFP *devolver* a Colpensiones todos los valores aportados con motivo de la afiliación, tales como bonos pensionales, aportes obligatorios, cuotas de administración y sumas adicionales con sus frutos e intereses. A esta última a recibir todos estos conceptos y a reactivar la afiliación en prima media y tener en cuenta todo el tiempo cotizado. Asimismo, que se grave a las demandadas con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de mayo de 1959 y tiene 61 años de edad. Se afilió al régimen de prima media el 1 de enero 1979, allí cotizó 662 hasta el 31 de diciembre de 1998. Indicó que en enero 1999, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que, para el momento del traslado, el asesor del fondo privado afirmó que el Seguro Social se acabaría y que su pensión estaba en riesgo. Aseguró que, previo a la vinculación no fue informado sobre los requisitos, características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. Arguyó que la AFP realizó proyección indicando que allí a los 62 años sería de \$1'957.800, pero que no le informó a cuánto ascendería en prima media. Solo hasta el 2020 la administradora le informó que el valor de su mesada pensional dependía de factores como los movimientos del mercado financiero, su estado civil, modalidad de pensión. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen a Colpensiones, pero fue negado (expediente digital, archivo 01, fls. 5 al 19).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, la edad del accionante, la afiliación al RPM y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones del error en un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, argumentó que la selección del régimen fue libre y voluntaria. Asimismo, el actor está incurso en prohibición legal en razón de la edad (expediente digital, archivo 05, fl. 3 al 12).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió únicamente el traslado de régimen. De los demás hechos dijo que no le constan o no son ciertos. 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. En su defensa, sostuvo que el demandante suscribió de manera voluntaria el formulario

de afiliación, con el lleno de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la época (expediente digital, archivo 08, fls. 43 a 73).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de mayo de 2022 (expediente digital, documento 14), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor Walther Guillermo Abondano Mikan del régimen de prima media con prestación definida en su momento administrado por el Instituto de Seguros Sociales al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 30 de noviembre de 1998. En consecuencia, se declara válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a transferir con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado y los costos que hubiere cobrados por gastos de administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Sin costas a cargo de Colpensiones.

QUINTO: SE ORDENA remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de este distrito judicial, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme dispuso en la parte motiva de esta decisión.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. apelaron lo resuelto.

Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que la AFP cumplió con su deber de brindar información en la forma prevista para la época del traslado y no es dable exigirle acreditar requisitos introducidos con posterioridad en el ordenamiento jurídico. Asimismo, arguyó que el demandante tenía conocimiento previo acerca de las generalidades de los requisitos pensionales de cada régimen. No hizo uso de sus deberes como consumidor financiero. Señaló que la inconformidad del valor de la mesada pensional no es un argumento válido para retornar a prima media. Refirió que la declaratoria de ineficacia quebranta el principio de sostenibilidad financiera. De manera subsidiaria en caso de confirmarse la sentencia solicitó mantener la absolución de costas y confirmar la condena del traslado de los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración.

Porvenir S.A. solicitó revocar la sentencia al argumentar que no hay razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de régimen pues el accionante recibió una asesoría suficiente y veraz sobre las características del régimen y las consecuencias del traslado, suscribió el formulario de afiliación en los términos previstos en la ley para la época y aceptó de manera tácita las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Rechazó la devolución de los rendimientos y gastos de administración, pues la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es declarar que el negocio jurídico no se celebró, en ese sentido los frutos generados por la buena administración de la AFP no pueden ser trasladados porque no existieron. Sostuvo que los cobros adicionales por gastos de administración fueron descontados por mandato legal y están destinados a retribuir a la AFP por su gestión, además que estos valores ya no están en su poder. Finalmente, rechazó la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

El demandante no demostró la fecha de afiliación al régimen de prima media, no obstante, conforme a extracto de Porvenir se advierte que cotizó 662 semanas (expediente digital, archivo 01, fls. 22). Migró al RAIS, a través de la administradora Porvenir S.A. el 30 de noviembre de 1998, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 8, fl. 94), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado trabajaba para el colegio Liceo Mixto del DAS y fue citado a una reunión con asesores de Porvenir quienes informaron que era posible que se extinguiera el Seguro Social, entre tanto esa AFP tenía un gran respaldo y le trasladaría los aportes de prima media, por lo que obtendría una mejor pensión. Admitió que firmó de forma libre y voluntaria el formulario que previamente fue diligenciado por una asesora. Señaló que previo al traslado conocía los requisitos exigidos para pensionarse en prima media, que en el 2019 se acercó a Porvenir a indagar sobre su futuro pensional, porque compañeros de trabajo se pensionaron con mesadas *muy bajas*. En la AFP le informaron que el valor de su pensión ascendería a \$1'800.000, lo que le parece inadmisibles luego de cotizar 45 años de manera ininterrumpida. Refirió que recibe extractos y en ellos verifica apenas los aportes del empleador. Arguyó que no hizo uso

del derecho de retracto por la seguridad que le generó la AFP y la promesa de una mesada mayor que en prima media. Asimismo, señaló que se acercó a Colpensiones para retornar a prima media, pero fue negada su petición por estar incurso en prohibición legal en razón de la edad. Admitió que su interés en trasladarse de régimen es el valor de la mesada pensional y el sentirse defraudado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de

pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la demandada Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues se declaró la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de mayo de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que

haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



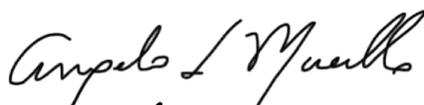
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 01 2017 00137 01.
DEMANDANTE: ORLANDO DE JESÚS CUARTAS QUINTERO
DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de noviembre de 2021. También el grado de consulta en favor de la demandada.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a la demandada para que sea condenada a reliquidar la primera mesada de la pensión restringida de jubilación que disfruta, a partir del 25 de octubre de 2015 y las diferencias que se han generado hasta que se verifique la inclusión en nómina de pensionados, junto con los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de octubre de 1955, prestó servicio a los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 18 de febrero de 1980 hasta el 15 de marzo de 1992, esto es, por espacio de 12 años, 0 meses y 17 días. El vínculo terminó por supresión del cargo con derecho a indemnización. Refirió que la demandada le reconoció pensión proporcional de jubilación mediante Resolución n.º 1446 del 25 de julio de 2016, con efectividad a partir del 25

de octubre de 2015, en cuantía inicial de \$1.200.036,44, resultado de aplicar al promedio de los salarios del último año la tasa de remplazo del 48.19% y un promedio mensual de \$325.976. Aseguró que como trabajador ferroviario tenía su estatuto legal propio y particular en materia pensional el cual estaba integrado además por el Reglamento Interno de trabajo y convenciones colectivas vigentes.

Adujo que la entidad empleadora liquidó y pagó las cesantías definitivas, con base en el promedio mensual devengado en el último año de servicio, esto es desde el 16 de marzo de 1991 hasta 15 de marzo de 1992, mediante Acto Administrativo n.º 001204 del 16 de diciembre de 1992 la entidad le reliquidó las cesantías definitivas e indemnizaciones, tomo para el efecto como salario promedio de liquidación de todos los factores devengados durante los doce meses de servicio ascendió a \$338.655,60. Adujo que la anterior suma debió ser tomada para liquidar la pensión, luego de actualizarla entre la fecha de retiro y la fecha de causación del derecho, lo que arrojaría una mesada inicial a 2015 de \$1.387.184,14, correspondiente al 48.19% del IBL correcto. Finalmente, que la entidad negó la reliquidación de la prestación (fls. 4 a 13).

Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento del accionante, la vinculación laboral, sus extremos, el reconocimiento de la pensión y los factores utilizados para liquidar las cesantías, el régimen pensional aplicable. Manifestó que no son ciertos los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, pago, compensación y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, argumentó que la pensión fue reconocida con apego a la ley (cd fls. 68 y 76).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de noviembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reliquidar la primera mesada pensional del señor Orlando de Jesús

Cuartas Quintero en cuantía inicial de \$1.335.247,69 a partir del 25 de octubre de 2015, para el año 2016 en la suma de \$1.425.643.96, para el año 2017 en la suma de \$1.507.618,49, para el año 2018 en la suma de \$1.569.280,0, para el año 2019 en la suma \$1.619.183,19, para el año 2020 en la suma de \$1.1.680.712,15 y para el año 2021 en la suma de \$1.707.771,62, por 13 mesadas pensionales al año, la cual deberá ser incrementada en los términos dispuestos por el Gobierno Nacional , conforme a la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a reconocer y pagar la suma \$12.081.750,58 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 25 de octubre de 2015 y el 31 de octubre de 2021, el cual deberá ser indexado desde la fecha de causación y hasta cuando se haga el pago efectivo del mismo. Así mismo, se autoriza a la demandada a descontar los aportes a salud del retroactivo reconocido.

TERCERO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho a la demandada en la suma única \$1.000.000 y a favor del demandante

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción elevada por la parte demandada de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado conforme a lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 del 2021.

SEXTO: En caso de no ser apelada se ordena se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada.

En lo fundamental expuso que la entidad liquidó la prestación del actor, con los factores previstos en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, empero la primera mesada pensional debe ser actualizada desde la fecha en que el actor se retiró del servicio y hasta la anualidad anterior a aquella en que cumplió 60 años de edad, con la fórmula establecida por la Corte suprema de justicia.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada solicitó revisar los IPC considerados por el Juzgado para liquidar la prestación

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia,

es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Es verdad probada que el demandante prestó servicios a Ferrocarriles Nacionales de Colombia desde el 18 de febrero de 1980 hasta el 15 de marzo de 1992, también que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución n.º 1446 del 25 de julio de 2016, le reconoció pensión proporcional de jubilación – pensión sanción en cuantía inicial de \$1.200.036,44 (fls.24 a 31).

Si bien la Corte Suprema de Justicia había señalado que la liquidación de la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 debía realizarse teniendo en cuenta la totalidad de factores devengados por el beneficiario en el año inmediatamente anterior a su retiro del servicio, lo cierto es que dicha postura ha sido modificada, para adoctrinar que la prestación, debe ser liquidada con los factores previstos en el artículo 1º de la ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio señalar CSJ SL615-2022, CSJ SL4683-2021, CSJ SL4856-2020, CSJ SL2427-2016, CSJ SL1706-2016 y CSJ SL13192-2015).

Al realizar las operaciones correspondientes la Sala determina que el salario promedio mensual del último año asciende a \$200.309, esto es, una cifra inferior a la considerada por la entidad en la Resolución n.º 1446 del 25 de julio de 2016 (fls. 24 a 29), mediante la cual reconoció la prestación que lo fue de \$325.9676. Advierte la Sala que la diferencia obedece a que en el certificado No. 33 allegado por la entidad al contestar la demanda y tomado en consideración por la demandada y por el Juzgado se incluyen factores no previstos en la Ley 62 de 1985 como prima semestral, transporte aéreo y terrestre, vacaciones eventualidades,

bonificación de vacaciones y retroactivo de eventualidades que hacen que el salario promedio anual ascienda a \$3.911.715 y el mensual al \$325.976

Concepto	Primer semestre	Segundo semestre	Subtotal
Salario básico	467.391,20	554.552,50	1.021.943,70
Diferencia salarios-retroactivo	192.058,09	386.083,77	578.141,86
Dominicales y festivos	176.008,63	230.734,83	406.743,46
horas extras	171.097,25	235.351,60	406.448,85
Prima Antigüedad	11.910,00	11.910,00	23.820,00
Total devengado Último año	1.018.465,17	1.418.632,70	2.437.097,87
Promedio Mensual	\$2.437.097,87/365*30		200.309,41

Importa destacar que aunque el Tribunal determina como promedio base del último año una cifra inferior, en aplicación del principio de favorabilidad no es posible modificar la ya reconocida por la entidad. Con todo, la Sala carece de competencia para tal fin como quiera que no fue objeto del debate.

Indexación de la primera mesada pensional

Frente al punto, recuerda la Sala que la indexación de la primera mesada pensional se fundamenta en preceptos constitucionales orientados a mantener el poder adquisitivo de la pensión, para proteger el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad y garantizar que los pensionados reciban una prestación acorde al esfuerzo realizado en su etapa productiva, por tanto, esa prerrogativa opera para todas las pensiones, sin importar si son de naturaleza legal o convencional y, tampoco si se causaron o no en vigencia de la Constitución Política de 1991. Así lo tiene sentado, tanto la Corte Constitucional (sentencias SU-1073 de 2012 y SU-131 de 2013) y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 736 -2013).

Claro lo anterior, en el asunto bajo examen, se encuentra demostrado que el causante prestó servicios a Ferrocarriles Nacionales de Colombia oficial desde 18 de febrero de 1980 hasta el 15 de marzo de 1992. El derecho a la pensión se causó en esta última fecha cuando se produjo el retiro, pero se hizo exigible hasta el 25 de octubre de 2015

cuando alcanzó los 60 años de edad. Circunstancias, que permiten concluir que entre el retiro del trabajador y el reconocimiento de la pensión medió espacio de tiempo alguno en el que el dinero sufrió pérdida de valor adquisitivo por lo que procede la indexación de la primera mesada.

Dicho lo anterior al actualizar el salario promedio del último año determinado por la entidad de \$325.976 al 25 de octubre de 2015 data en que el accionante alcanzó los 60 años de edad, este asciende a \$2.771.468, que al serle aplicada la tasa de remplazo del 48.19% correspondiente a 4.337 días laborados arroja como mesada inicial la suma de \$1.335.539, esto es una cifra superior a la reconocida mediante Resolución n.º 1446 del 25 de julio de 2016 (fl. 24 a 31), que lo fue de \$1.200.036 y levemente superior a la determinada por el Juzgado de \$1.335.247. En consecuencia la sentencia de primera instancia será confirmada en este punto como quiera que la parte actora no manifestó inconformidad frente a la liquidación y en todo caso el grado de consulta se surte en favor de la demandada.

Cálculo Último Año de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1992	366	9,700	82,47	8,502	\$ 325.976,00	\$ 2.771.468,12	\$ 33.811.911,01
Total días	366	Total devengado actualizado a:				2015	\$ 33.811.911,01
Total semanas	52,29	Ingreso Base Liquidación				\$ 2.771.468,12	
Total Años	1,00	Porcentaje aplicado				48,19%	
		Primera mesada				\$ 1.335.539,69	
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2015	\$ 644.350,00

En consecuencia hay lugar a reliquidar la pensión del accionante, tal como acertadamente concluyó el Juzgado.

Prescripción

El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

A su vez el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala que las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

Se verifica que la causación del derecho se hizo exigible el 25 de octubre de 2015 cuando el accionante alcanzó los 60 años de edad. Se observa que la entidad a través de la Resolución n.º 1446 del 25 de julio de 2016 concedió la prestación (fls 24 a 31) y que la preste demanda se interpuso el 6 de febrero de 2017 (fl. 47) es decir, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por tanto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

Indexación

Como quiera que el accionante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las diferencias pensionales desde que cada una se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación.

Aportes al sistema de salud

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (**SL2376-2018**), tal como se indicó en la sentencia analizada.

Retroactivo

Estima la Colegiatura que, al continuar causándose las mesadas adeudadas, las cuales deberán indexarse al momento del pago y además deberán aplicarse los descuentos para salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de incluir la novedad en nómina de pensionados. Para el efecto en todo caso deberá tenerse como mesada pensional para cada anualidad las determinadas por el Juez de conocimiento.

No se causan costas en el grado de consulta, ni en la apelación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en el sentido de indicar que la demandada deberá cancelar debidamente indexado el retroactivo causado desde el 25 de octubre de 2015 y hasta que se verifique el pago de la obligación, para el efecto deberá indexar las diferencias pensionales desde que cada una se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación y en adición realizará los descuentos con destino al sistema de salud.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin costas en el grado de consulta, ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



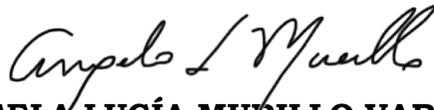
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

001 2017 00137 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 02 2020 00430 01
DEMANDANTE: ANA VICTORIA RIVERA BRICEÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare que se «declare la *«nulidad o la ineficacia de la afiliación»* al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordené a la AFP trasladarla a Colpensiones con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en el fondo privado. A la última a aceptar el traslado. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 30 de noviembre de 1964, se afilió al Instituto de Seguros Sociales y cotizó 285 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. 15 de julio de 1994. Refirió que el asesor de la AFP le informó que allí tendría mejor rentabilidad y pensión. Adujo que los asesores del

fondo no le informaron las características del régimen, sus ventajas, desventajas ni las implicaciones, consecuencias, que conllevaría el traslado, asimismo que no fue informada sobre el derecho de retracto, tampoco se le realizó proyección pensional. Señaló ha cotizado 1.566 semanas al sistema general de pensiones. Arguyó que el fondo privado le informó que tendría derecho a una pensión de vejez por garantía de pensión mínima y no era competente para suministrar el valor de la mesada en prima media. Mediante simulación contratada de manera particular, se estableció que su mesada ascendería en Colpensiones a \$4'492.564, por tanto, se evidencia un perjuicio de conformidad con el valor de la mesada pensional que obtendría en la AFP. Finalmente, que solicitó a Colpensiones el retorno a RPM pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 2 al 20).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante y su edad, la afiliación al régimen de prima media, las semanas cotizadas, la solicitud e traslado y su respuesta. De los demás hechos dijo no le constan. Formuló 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 y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no puede retornar al régimen de prima media, pues no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal en razón de la edad. Asimismo, que la accionante no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 5 fls. 3 a 41).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, planteó que la demandante es una persona capaz quien suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, con el lleno de los requisitos legales

exigidos para la época. Refirió que garantizó el derecho de retracto y que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, archivo 07 fls. 2 al 29).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de julio de 2022 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora Ana Victoria Rivera Briceño, identificada con cédula de ciudadanía. 39.690.188, a Porvenir S.A. el día 15 de julio de 1994, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Se CONDENARÁ a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses esto es, los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: Se ORDENARÁ a Colpensiones a aceptar dichos valores, y a tener por válida la afiliación efectuada por la demandante el 26 de junio de 1985 al ISS hoy Colpensiones, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información laboral.

CUARTO: Se DECLARARÁN no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada Porvenir S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera a la actora conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que la declaratoria de ineficacia afecta el patrimonio de esta entidad. Argumentó que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no puede aplicarse de manera homogénea y en casos como el presente no opera por cuanto, la demandante es una persona capaz que suscribió voluntariamente el formulario de afiliación y no hizo uso del derecho de retracto y la rescisión. Refirió que debe primar el principio general sobre el particular, con el traslado se afecta la estabilidad del sistema al ordenar financiar a una persona que no realizó aportes a esta entidad.

La AFP Porvenir S.A. solicitó revocar de la sentencia, bajo el argumento de no existe razón jurídica para declarar la ineficacia del traslado toda vez que en el presente proceso no se solicitó por una falta de información sino por el no cumplimiento de una expectativa pensional. Arguyó que para el momento del traslado la AFP cumplió con el deber de brindar información verbal, tal como se exigía para la época, por tanto, no es posible exigir requisitos adicionales incorporados al ordenamiento jurídico con posterioridad. Arguyó que en el interrogatorio de parte la demandante no recordó las características del régimen que le fueron informadas y ello impide analizar si se cumplió con el deber de información.

De otra parte, rechazó la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal y también son descontadas en prima media, además mantuvieron cubierta a la actora frente a las contingencias de invalidez y muerte. Señaló que estos recursos no integran el capital con el que se financiará la pensión, por ello, son susceptibles de prescribir. Con todo fueron girados a una aseguradora no convocada a juicio para que respondiera por sus intereses particulares. Mencionó que el ordenar girar estos recursos configura un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones y desconoce el actuar de buena fe de la AFP.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 26 de junio de 1985 (expediente digital, archivo 05, fls. 64 a 65). Migró al RAIS, administrado por Porvenir S.A. el 15 de julio de 1994, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 07 fl. 80), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTANEA, Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES TAMBIÉN DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado la visitó en su lugar de trabajo, un asesor de Porvenir le ofreció mejor rentabilidad y pensión que la que obtendría en prima media y trasladar el bono pensional. Refirió que confió en Porvenir por el respaldo que tenía. Señaló que no fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Arguyó que en octubre del 2020 solicitó a Porvenir y a Colpensiones información acerca del monto de la mesada pensional. Adujo que la motivación para retornar a prima media es porque sus expectativas en la AFP no se cumplieron.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta,

comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades

(CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, en consecuencia se adicionará la sentencia en este sentido.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de julio de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
002 2020 00430 01
Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 04 2020 00039 01.
DEMANDANTE: OLGA STELLA MARTÍNEZ CASTRO
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de octubre de 2021. Igualmente, se analizará la decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declara la existencia de un contrato de trabajo con la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 1 de marzo de 1980 hasta junio de 1980 y del 14 de julio de 1980 al 27 de junio de 1999, data en que fue despedida sin que mediara justa causa. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión proporcional de jubilación prevista en el artículo 8 de la ley 171 de 1961, a partir del 11 de abril de 2012, junto con los intereses moratorios. Asimismo, a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó, en síntesis, que nació el 10 de abril de 1962 y laboró para la Caja de Crédito Agrario

Industrial y Minero, desde el 1 de marzo de 1980 hasta el 30 de junio de 1980 y del 14 de julio de 1980 al 27 de julio de 1999, es decir por espacio de 19 años, 3 meses y 13 días. Desempeñó como último cargo el Oficial Operativo I. El 27 de junio de 1999, la empleadora puso fin al vínculo unilateral e injustificadamente. La demandada negó el pago de la pensión restringida de jubilación mediante Resolución RDP 020921 del 17 de julio de 2019, por no existir sentencia judicial que declare el despido sin justa causa, decisión que fue confirmada por Actos Administrativos RDP 025827 del 29 de agosto de 2019 y RDP 029220 del 27 de septiembre de 2019 (expediente digital documento 1).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Admitió los hechos excepto que la empleadora dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral e injusta. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción, *sobre la indexación*, no pago de los intereses moratorios, imposibilidad de condena en costas y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que la accionante no tiene derecho a percibir la prestación deprecada, pues no está demostrado que la terminación del vínculo laboral se dio como consecuencia del despido injusto. En adición el derecho se causó en vigencia de la Ley 100 de 1993 (expediente digital carpeta 2.).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre Olga Stella Martínez Castro y la entidad liquidada caja de Crédito Agrario Industrial y Minero existió un contrato de trabajo en los periodos del 1 de marzo de 1980 al 30 junio de 1980 y del 14 de julio de 1980 al 27 de junio de 1990 y que la referida relación terminó en virtud de despido legal, pero sin justa causa mediante comunicado número 2356 del 26 de junio de 1999 por supresión del cargo.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP a reconocer y pagar a Olga Stella Martínez Castro la pensión sanción establecida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, a partir del 10 de abril de 2012, en cuantía inicial de \$896.726,48, en catorce mesadas anuales, junto con los correspondientes aumentos legales anuales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a indexar las mesadas adeudadas, desde el momento de su exigibilidad y hasta que se produzca el pago.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar el retroactivo pensional por la suma de \$97.171.862,86 debidamente indexado.

QUINTO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción como se dijo en la parte motiva.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la parte demandada.

SÉPTIMO: AUTORIZAR a la demandada a descontar los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

OCTAVO: ABSOLVER a la demandada del pago de los intereses moratorios

NOVENO: CONDENAR en costas a la demandada UGPP. Fijense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

DÉCIMO: En caso de no ser apelada la decisión, remítase el expediente a la Sala Laboral del Tribunal superior de Bogotá en Grado Jurisdiccional de Consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la accionante acreditó los requisitos para acceder a la pensión sanción, pues la supresión del cargo es una razón legal y constitucional para dar por terminado el contrato, pero no justa.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada suplicó revocar la sentencia al argumentar que la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 desapareció con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, norma que no contempla el reconocimiento de pensiones por retiro voluntario. En consecuencia, como quiera que para el 1º de abril de 1994 la actora no contaba con 55 años de edad y no acreditó haber sido despedida sin justa causa no acredita los requisitos para acceder al derecho deprecado.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a la UGPP entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión prevista en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961

En el proceso se demostró que la actora prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde el 1 de marzo de 1980 hasta el 30 de junio de 1980 y desde el 14 de julio de 1980 hasta el 27 de junio de 1999 es decir, por espacio de 19 años, 3 meses y 13 días, pues tal circunstancia consta en certificado C A 26146 del expediente digital. De otra parte, con la cédula de ciudadanía (expediente digital), se demuestra que la accionante nació el 10 de abril de 1962, lo que implica que cumplió 50 años de edad el 10 de abril de 2012.

Ahora, la normatividad que rige la pensión sanción es la vigente al momento de la causación del derecho, esto es, fecha del despido sin justa causa si un trabajador oficial es despedido sin justa causa antes del primero de abril de 1994, la norma aplicable es el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pero si la desvinculación se produce con posterioridad a esa fecha, la norma en vigor es el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 CSJ SL6446-2015).

La Corporación también ha señalado que el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, para el caso de los trabajadores oficiales, conservó su vigencia hasta el momento en que entró a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que mantuvo esta prestación solo para los eventos de despido injustificados de trabajadores con diez (10) años de servicios o más, que no hubiesen sido afiliados al sistema de seguridad social en pensiones por omisión del empleador o que se hubiesen inscrito por éste de manera tardía o extemporánea. (CSJ SL, 25 may. 2008, rad. 32933; CSJ SL, 1.º dic. 2009, rad. 34974; CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 41254; CSJ SL, 14 nov. 2012, rad. 45637; CSJ SL12351-2014, CSJ SL6695-2015, CSJ SL8624-2017, CSJ SL3773-2018, CSJ SL5199-2018, CSJ SL5528-2018 y CSJ SL3508-2019)

Está probado que mediante misiva adiada del 26 de junio de 1999 (archivo 1 fl. 19) la Caja de crédito Agrario Industrial y Minero comunicó a la demandante: *«de conformidad con lo dispuesto en el Decreto No. 1065 del 26 de junio de 1999 del Gobierno Nacional damos por terminado su contrato en forma unilateral y con justa causa por supresión del cargo por usted desempeñado a partir del 28 de junio de 1999, por disolución y liquidación de la Caja Agraria»*

Así las cosas es claro que aunque la demandante solicita el reconocimiento de la pensión sanción al amparo de la Ley 171 de 1961, no es posible realizar tal análisis, pues atendiendo a que el contrato finalizó el 28 de junio de 1999, la norma al amparo de la cual debe ser estudiada es el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

ARTÍCULO 133. Pensión-sanción. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:

El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o 55 años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de 15 años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o 50 años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

PARÁGRAFO 1. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

PARÁGRAFO 2. Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 3. A partir del 1. de enero del año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios.

De conformidad con la norma pretranscrita la condición *sine qua non* para que se cause el derecho a la pensión es, la falta de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones. En el *sub lite* de conformidad con el certificado C A 2646 del 2 de octubre de 2018, emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. La Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero afilió a la trabajadora al Instituto de Seguros Sociales el 5 de agosto de 1994 y realizó aportes a dicha entidad hasta el 31 de diciembre de la misma anualidad. De conformidad con el mismo instrumento el sistema general de pensiones entró en vigencia para esta entidad el 1 de abril de 1994 (expediente digital carpeta demanda y expediente administrativo).

Así, la circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada a la seguridad social, concretamente para el riesgo de pensión al Instituto de Seguros Sociales, garantiza la protección de dicha trabajadora oficial en tal materia y, por ende no se presenta omisión en cuanto a la afiliación de la actora al sistema general de pensiones. Esta circunstancia hace improcedente el reconocimiento de la pensión sanción implorada, a la luz del artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

Vale indicar que aunque la demandante prestó servicios por más de 19 años, no contaba con ningún derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ello en el entendido que al amparo de la Ley 171 de 1961 la terminación del vínculo laboral es elemento necesario e imprescindible para la causación de la pensión reclamada y en el presente asunto tal hecho se configuró el 28 de junio de 1999, esto es, luego de subrogada la norma en cita por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala revocará la sentencia apelada.

No se causan costas en el grado de consulta ni en la apelación ante su no causación. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la demandante.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 28 de octubre de 2021, para en su lugar ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado de consulta ni en la apelación. Las costas de primera instancia estarán a cargo de la accionante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



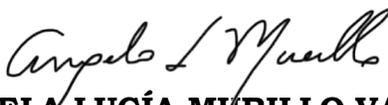
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Radicación n.º 110013105 04 2020 00039 01.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 05 2017 00154 02.
DEMANDANTE: OSCAR YOVANNY CASTILLO FORERO
DEMANDADO: CONCRETOS CEMEX PREMESCCLADOS DE COLOMBIA S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2019.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo sin mediar justa y con vulneración al derecho de defensa. En consecuencia, se condene a reintegrarlo sin solución de continuidad al mismo o mejor cargo que tenía al momento de la desvinculación o a otro de superior categoría y remuneración, con el pago indexado de salarios, prestaciones legales y extralegales y aportes a seguridad social, más las costas del proceso. Subsidiariamente, declarar que con el despido le fueron causados perjuicios materiales e inmateriales, como dejar de recibir salario y acceso a la seguridad social propia y de su familia. en consecuencia, solicitó condenar a la demandada a pagar debidamente indexada indemnización por despido injustificado, indemnización integral de perjuicios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 4 de febrero de 2013 se vinculó a la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido. El 11 de octubre de 2016, fue llamado a rendir descargos, diligencia que se adelantó en la misma fecha, sin permitírsele buscar y aportar pruebas a su favor, también desconoció el derecho a la doble instancia y con ello se vulneró su derecho a la defensa, no se le permitió como miembro del sindicato, comparecer con dos miembros de dicha organización. Expuso que en la misma fecha la empresa lo despidió sin justa causa, para esta data desempeñaba el cargo de agente de servicio con remuneración de \$1.236.000 más salario variable. Adujo que las causas invocadas por la empresa no están determinadas en la ley como justas y con ello dejó de percibir salario y la garantía de la seguridad social para él y su familia (fls. 2 a 16).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la vinculación del accionante, la modalidad contractual, los extremos, el último cargo desempeñado y lugar de prestación, también que en la misma fecha fue citado a descargos, se adelantó la diligencia y se dio por terminada la relación. Delos demás hechos dijo que no son ciertos. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y causa, mala fe por parte del actor y buena fe por parte de mi representada, prescripción y compensación. Argumentó que el demandante incurrió en las faltas imputadas para dar por terminado el contrato, pues las autoridades le suspendieron la licencia de conducción por conducir en estado de embriaguez, por tanto era imposible la expedición, renovación, duplicado o recategorización de la misma e imposible la ejecución de las funciones para las cuales fue contratado. Señaló que ante la grave situación se procedió a informarle sobre la apertura del proceso disciplinario, el cual se adelantó con respeto a los derechos de defensa y debido proceso (fls. 75 a 82)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de mayo de 2019, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación ..

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada Cemex Premezclados de Colombia de todas y cada una de

TERCERO: Costas a cargo del demandante. Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimo legal mensual.

CUARTO: En caso que el presente fallo no fuere apelado consúltese con el superior.

En lo fundamental indicó que la demandada demostró la justa causa invocada para dar por terminado el contrato y que el proceso disciplinario se surtió con respeto al debido proceso.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante imploró revocar la decisión al argumentar que Cemex no discutió nada distinto a que el trabajador no tuviera la licencia de conducción, es decir para la empresa daba lo mismo que los el documento se hubiera extraviado o el trabajador lo hubiera dejado en la casa. No se tiene en cuenta la buena fe del trabajador quien contó lo sucedido confiando en su empleador que no tenía la licencia, entonces se orilla a pensar que hubiera sido preferible que guardara silencio es esperara a no ser requerido por la autoridad de tránsito.

Señaló que el empleador está llamado a brindar garantías a sus empleados principalmente la del debido proceso, que en el estado social de derecho prima la dignidad humana y si el trabajador hubiera podido ejercer su defensa habría explicado que desarrolló otras funciones para las cuales estaba facultado y capacitado por la empresa. Señaló que la decisión de Cemex de despedirlo resultó desproporcionada y discriminatoria y el Juez no está llamado a suponer la configuración de un daño para la empleadora.

Señaló que el bloque de constitucionalidad debe ser aplicado en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política. Los tratados internacionales deben ser aplicados frente a la estabilidad en el empleo.

De otro lado rechazó la condena en costas, pues se trata de persona desempleada.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Por tanto, le corresponde dilucidar si el demandante fue despedido injustamente y, en consecuencia, si es procedente su reintegro al cargo que ocupaba o, subsidiariamente, el pago de la indemnización correspondiente.

Para el efecto, se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de febrero de 2013 (fls. 31 a 37) hasta el 11 de octubre de 2016, data en que la demandada puso fin al vínculo (fl. 43).

Justa causa del despido

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018). Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 11 de octubre de 2016 (fl. 43), informó al demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

Nos permitimos informarle que la empresa ha decidido dar por termina por justa causa su contrato de trabajo, decisión esta cuyos efectos se surten a partir de la fecha de notificación de la presente.

La anterior decisión se origina en el hecho de que estando usted desempeñando el cargo de Agente de Servicio en la Planta Puente Aranda incurrió en una serie de irregularidades tal como lo pudo establecer la empresa al evidenciar que no tenía habilitada su licencia de tránsito por parte de la autoridad nacional correspondiente, evidenciándose en todo caso una actuación de su parte totalmente injustificada e irregular, así como el incumplimiento grave de obligaciones y prohibiciones y que se detalla así

1. La compañía ha tenido conocimiento que las autoridades de tránsito le han suspendido a usted su licencia de conducir a comienzos del mes de octubre del año en curso, estableciendo además que dicha suspensión obedecía por conducir en estado de embriaguez y por tanto no puede gestionar la expedición, renovación, refrendación, duplicado o recategorización de la licencia de conducción.

2. Como quiera que las labores para las cuales la empresa lo había contratado eran para la conducción de un vehículo carga pesada transporte y bombeo de concreto es evidente no sólo que no puede ejercer dicha función sino también que no tiene ni tendrá la posibilidad de habilitar su licencia de conducción por un largo tiempo, teniendo en cuenta la causal por la cual le fue retirada la licencia, con lo cual no es posible que pueda movilizar vehículos de la compañía.
3. Ante la gravedad de los referidos hechos fue citado para oírlo en descargos, diligencia que se cumplió el 11 de octubre de 2016 y en donde ratificó que el domingo 2 de octubre del año en curso, fecha de votación de plebiscito y por ende de restricción para el consumo de bebidas alcohólicas, consumió unas cervezas y al encontrarse conduciendo vehículo fue requerido por las autoridades de tránsito quienes le practicaron prueba de alcoholemia la cual arrojó un resultado positivo, aceptando en todo caso la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato de trabajo ya que no puede movilizar ningún vehículo de la empresa, en consecuencia sus explicaciones en manera alguna justifican las situaciones y hechos ya descritos los cuales se consideran totalmente desmedidos e inapropiados frente al grado de responsabilidad que debe tener un trabajador de la empresa.

Para la empresa su conducta demuestra un grave incumplimiento y violación de sus principales obligaciones contractuales y legales, como quedo dicho, lo que hace inaceptable su permanencia en la misma, toda vez que se ha generado una pérdida total de la confianza en usted depositada, ya que los hechos señalados evidencian la falta de responsabilidad para con la sociedad y para con la compañía y para con él cargo que ocupa pues el hecho de no poder conducir y cumplir con el objeto de su contrato de trabajo por encontrarse consumiendo bebidas alcohólicas y conduciendo es una acción totalmente reprochable, siendo totalmente inadmisibles que un conductor, como era su cargo, incumpla las leyes del país y los procedimientos de la empresa en una materia tan sensible y de alta responsabilidad como es la conducción de un vehículo de transporte de carga pesada sin el lleno de requisitos de ley.

A juicio de la empresa, con la conducta anteriormente descrita ha incurrido usted en las siguientes justas causas para la terminación unilateral y justificada del contrato de trabajo:

Grave violación de las obligaciones y prohibiciones que le incumbían a usted como trabajador (artículo 7º, numeral 5 primera parte y numeral 6 primera parte, letra a). del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo)

Grave e injustificada negligencia que ha puesto en peligro la seguridad de bienes o cosas (artículo 7º, numeral 4º segunda parte, letra a), del Decreto 2351 de 1965).

Obra en el expediente acta, en la que está consignado que el actor por no contar con licencia de conducción, requisito fundamental para el ejercicio de sus funciones, fue citado a rendir descargos. Allí manifestó que fue vinculado y siempre se ha desempeñado como Agente de Servicio el cual requiere para su desempeño portar la cédula de ciudadanía y la licencia de conducción, de esta última dijo *«tengo un duplicado que está activo, pero el original fue retenido en la inspección de tránsito del a13 con cra 38»*. Admitió saber que no contar con los documentos necesarios se

constituye en una falta grave al reglamento interno. Al ser cuestionado por las razones por las cuales no contaba con el documento señaló:

RESPUESTA: EL DIA DOMINGO 2 DE OCTUBRE, ME LEVANTÉ A LAS 6 DE LA MAÑANA, LA NOCHE ANTERIOR HABÍAMOS CELEBRADO LOS CUMPLEAÑOS DE MI HERMANA EN LA CASA, AL OTRO DÍA LLEGARON A MI CASA UNOS PRIMOS QUIENES ME OFRECIERON UNA CERVEZA YO ACEPTÉ Y ME TOMÉ 3, LUEGO FUIMOS A COMPRAR EL DESAYUNO EN EL CARRO, COMO ELLOS ESTABAN EMBRIAGADOS YO FUI QUIEN LO CONDUJO, EL TRAYECTO FUE DE 3 A 4 CUADRAS, DE REGRESO A LA CASA, PARE A SALUDAR UN AMIGO AL FRENTE DE UN COLEGIO DONDE SE ESTABAN REALIZANDO LAS VOTACIONES, DE ALLI SALIÓ UN POLICIA QUE ESTABA PRESTANDO SEGURIDAD EN EL COLEGIO, ESTE AGENTE ME PREGUNTO QUE SI HABÍA TOMADO Y YO LE CONTESTÉ QUE 3 CERVEZAS, INMEDIAMENTE ME RETUVO LOS DOCUMENTOS HASTA QUE LLEGO UN AGENTE DE TRANSITO COMO UNA HORA DESPUES, EL MANEJO EL CARRO HASTA LA SECRETARIA DE MOVILIDAD EN LA CALLE 11 CON CARRERA 36, ALLÍ ME HICIERON UNA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA LA CUAL SALIÓ POSITIVA, ME RETUVIERON LA LICENCIA Y SE LLEVARON EL CARRO PARA LOS PATIOS Y YO ME FUI PARA LA CASA.

EL DÍA LUNES 3 ME FUI AL SIMIT DE LA CALLE 13 CON CARRERA 28 Y SOLICITÉ EL DUPLICADO DEL PASE, EL CUAL ME EXPEDIDO INMEDIATAMENTE; ME DIRIGI A LA PLANTA Y LE COMENTÉ LO SUCEDIDO AL JEFE DE PLANTA YA QUE CONSIDERÉ QUE NO DEBÍA TRABAJAR EN ESTAS CONDICIONES AUN TENIENDO EL PASE ACTIVO EN EL SISTEMA; NO QUERÍA CAUSARLE UN PROBLEMA A LA EMPRESA NI A MI MISMO; EL JEFE DE PLANTA TOMÓ LA DECISIÓN DE NO ASIGNARME CARRO HASTA QUE SE RESOLVIERA LA SITUACIÓN Y HABLARA CON RECURSOS HUMANOS.

En el instrumento además se puede leer que el actor manifestó que sus funciones consistían en *«ATENDER AL CLIENTE, TRANSPORTAR EL CONCRETO, VELAR LA CALIDAD DEL MISMO, MANTENER EL EQUIPO EN BUENAS CONDICIONES, TENER BUENAS RELACIONES CON LOS COMPAÑEROS»*.

Al rendir declaración de parte el demandante manifestó que para ejercer el cargo para el cual fue contratado debía portar la cédula de ciudadanía y la licencia de conducción.

Narró *«en un día no laboral, un domingo, desafortunadamente cometí este error y me quitaron la licencia» «era el día del plebiscito» «yo llegué me acerqué ese día en la mañana y les comenté la verdad» «yo llegué muy temprano y yo fui y les dije directamente lo que había sucedido, pues no quería cometer una infracción con ustedes»* Expuso que operar algún

vehículo sin contar con licencia generaba un riesgo para la compañía por ello, informó al ingeniero de turno.

Manifestó que la empresa le dio inducción y capacitación, tuvo que pasar como un mes por laboratorio para conocer del concreto, allí le enseñaron lo *«básico como sacar un asentamiento y como mirar el concreto que este bueno para el cliente»*. Admitió que como agente de servicio condujo vehículo pesado - doble troque - debía *«atender al cliente transportar la materia prima hasta el cliente y descargar el concreto»*. Esto lo hacía durante 4 o 5 días a la semana, que además de conducir vehículos debía *arreglar viajes* en la planta esto es adicionar agua o químicos para que el cemento diera el asentamiento que necesita el cliente, actividad que desempeñaba quien quisiera madrugar.

Aceptó que fue citado a diligencia de descargos el 11 de octubre de 2016, le dieron la oportunidad de asistir con dos compañeros, pero la rechazó por considerar que era algo relativamente fácil. Expuso que una vez surtida la misma le informaron el motivo. Aseguró que en esta oportunidad el señor Néstor Bernal de Recursos Humanos, le informó que debía responder de manera breve, razón por la cual no dijo que realizaba otras funciones además de la conducción de vehículos, sostuvo que esta persona además le aseguró que como en tres años no había tenido inconvenientes *no la había embarrado*, lo podían ubicar en otra área por eso firmo el acta. Finalmente, relató que no estuvo vinculado a ninguna organización sindical

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada señor Juan Carlos Arenas Rodríguez señaló que las funciones de un agente de servicio son conducir la mixer y transportar el concreto a las obras o a los diferentes clientes, se relaciona con estos, siendo embajador de la marca, es la cara de la empresa. Aseguró que se maneja una operación compleja C4, los conductores no pueden determinar el cliente ni el viaje, este se hace por GPS, se busca cual el es vehículo y conductor que están en la planta más cercana al cliente.

Señaló que la empresa validó en el RUN la información dada por el trabajador y evidenció que le había sido *«suspendida o cancelada por encontrarse bajo el influjo del alcohol, tal como el mismo lo aceptó en diligencia de descargos adelantada el 11 de octubre»*. Expuso que la empresa tuvo conocimiento desde el 3 de octubre de lo sucedido y en la semana siguiente no se asignó vehículo al demandante para no arriesgar la contingencia económica que ello podría generar, pues el vehículo que genera utilidad diaria podía ser decomisado. En esa semana desconoce a qué se dedicó el accionante.

Analizados en conjunto los medios de convicción señalados la Sala determina que el demandante para la data de terminación del vínculo, contrario a lo acordado en el contrato de trabajo, no podía ejecutar las funciones de conducir vehículos en los que se transportaba el concreto de la empleadora inherentes al cargo de Agente de Servicio, pues no contaba con licencia de conducción.

Vale indicar que aunque las circunstancias en las que la autoridad de tránsito le retuvo el documento no son objeto de reparo por parte de la Sala, pues acaecieron en el tiempo de descanso del trabajador. Empero, sí redundan en la imposibilidad de recuperar o renovar la licencia, asunto sustancial, debido a que el promotor fue contratado para conducir vehículos y sin el instrumento señalado no está facultado para hacerlo en un largo periodo, porque conforme a lo dispuesto por la Ley 1696 de 2013 hay lugar a suspender o cancelar la licencia, lo que implica la entrega obligatoria del documento a la autoridad de tránsito y la prohibición expresa al infractor de conducir vehículos en la resolución correspondiente.

Así las cosas, no es posible como se pretende en la apelación equiparar la retención o cancelación de la licencia de conducción a la simple pérdida, extravío de la misma, porque en estos últimos eventos el conductor no pierde la autorización del estado para conducir vehículos, simplemente está vedado para hacerlo en tanto no porte el documento vigente y válido.

Bajo este panorama, es claro que la demandada cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues demostró la causal que invocó para dar por terminado el contrato del actor por lo que resulta forzoso confirmar la sentencia absolutoria del *a quo*.

Importa destacar que el accionante no demostró estar incurso en ninguna de las causales legales o desarrolladas jurisprudencialmente o en tratados internacionales de estabilidad en el empleo y por el contrario admitió que no contaba con el documento que le permitía ejecutar las funciones para las cuales fue contratado, pues aunque intentó dar a entender que podía ejecutar otras funciones, no logró demostrarlo y la empresa no estaba obligada a reubicarlo, porque se reitera no era sujeto de especial protección.

Por último, de conformidad con los numerales 4 a 6 del artículo 366 del Código General del Proceso, la liquidación de costas una vez elaborada por el secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de costas en derecho que hiciera el *A quo*, por lo que la Sala se releva de dicho estudio

En consecuencia, resulta forzoso confirmar la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2019.

SEGUNDO Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



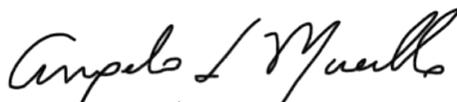
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2021 00219 01
DEMANDANTE: LUZ MARY BELTRÁN VARGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene al fondo a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados. Ordenar a la última reactivar la afiliación y recibir dichos aportes. Así mismo, se disponga a las demandadas pagar las demás acciones, o valores de carácter ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de marzo de 1959. Se afilió al régimen de prima media a través del Instituto de Seguros Sociales, cotizó 550,28 semanas desde el 10 de junio de 1980 hasta el 7 de julio de 1984, posteriormente el 2 de diciembre de 1999, se trasladó al

RAIS a través de la AFP Colfondos con la promesa de pensionarse de manera anticipada y con un monto mayor. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre los requisitos, características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. Posteriormente, se dio cuenta que las expectativas planteadas por el fondo al momento del traslado no se ajustaban a la realidad, pues perdió los beneficios del régimen de transición, la edad pensional aumentó de 55 a 57 años, su mesada pensional se redujo en un 70%. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a prima media, el cual fue negado (expediente digital, archivo 07 fls. 1 a 21).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó la que la demandante en razón de su edad tenía una expectativa de pensión a los 55 años, la solicitud de retorno a prima media y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la ley para el momento en que se concretó el traslado (expediente digital, archivo 01, fls. 217 a 224).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió el natalicio de la actora, su afiliación al ISS y los aportes realizados al régimen de prima media, la reclamación administrativa y la respuesta. Manifestó que los hechos restantes no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 de 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 y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, ni cumple los requisitos para regresar en cualquier tiempo sin condicionamiento, no puede retornar a prima media pues está incurso en una prohibición legal

en razón de la edad y no ejerció el derecho de retracto (expediente digital, archivo 15 fls. 1 a 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de agosto de 2022 (expediente digital, archivo 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señora demandante Luz Mary Beltrán Vargas con la AFP Colfondos el 26 de noviembre de 1999 contenida en el formulario No. 7294561.

SEGUNDO: ORDENAR Colfondos S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora Luz Mary Beltrán Vargas dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados, los aportes pensionales de la demandante mientras ha estado afiliada a este fondo privado desde 1999, tales como porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede Colfondos el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán hacer la devolución completa y presentar un informe debidamente discriminado de todos los valores devueltos, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, conceptos objeto de devolución con descuentos a aportes pensionales, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que eviten controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al régimen de prima media con prestación definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al Instituto de Seguros Sociales en 1975.

QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Colfondos.

SEXTO: Las costas son a cargo de Colpensiones y Colfondos, las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha del pago a cargo de cada uno de los fondos demandados.

SÉPTIMO: Ordénese la consulta de esta sentencia ante el superior a favor de Colpensiones y ante el superior a fin de que revise la legalidad de lo decidido.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que la carga de la prueba está en cabeza de la demandante, y es ella quien debe demostrar el supuesto del derecho que persigue, es decir el vicio del consentimiento alegado. Aseguró que la demandante no cumplió con sus deberes como consumidor financiera. Refirió que la inconformidad del monto de la mesada pensional no es argumento válido para retornar a prima media. Arguyó que la declaratoria de ineficacia atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, pues el régimen de prima media tendrá que recibir como afiliada a la demandante quien no ha efectuado cotizaciones al fondo común. Finalmente, rechazó la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 290 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen

del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 4 de diciembre de 1975 (expediente digital, archivo 16, fls. 1 a 5). Según el certificado emitido por Asofondos la actora migró al RAIS el 1 de enero de 2000 a través de la AFP Colfondos S.A. (expediente digital, archivo 23 fl. 6).

Al absolver el interrogatorio de parte, la demandante señaló que desde los 15 años trabaja y desde esa época la afiliaron al Seguro Social.

Refirió que para la época del traslado llegó una asesora de Colfondos a la Superintendencia de Valores donde laboraba y le explicó que en el fondo privado tendrían mejores rendimientos que en prima media que podrían retirar con facilidad, razones que la llevaron a diligenciar de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. Señaló que al momento del traslado no fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Aceptó que recibe extractos. Admitió que el motivo para retornar a prima media es el monto de la mesada pensional, pues no será superior a un salario mínimo, que corresponde a su trayectoria laboral.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que dicho fondo faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Por ello, la sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaro la ineficacia de la afiliación y del traslado, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del

régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Colfondos deberá trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión, por tanto la sentencia será adicionada en este sentido.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos de Colfondos y reconocer la pensión de vejez al actor. En consecuencia, la sentencia será adicionada para imponer esta condena.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de agosto de 2022 para en su lugar disponer únicamente la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de agosto de 2022 que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión.

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



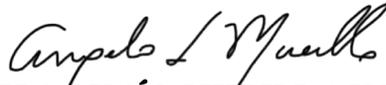
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
007 2021 00219 01
Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2021 00285 01
DEMANDANTE: MARINA JAIMES CUELLAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., mediante formulario de 30 de mayo de 2003. En consecuencia, se ordenó a la AFP trasladarla a Colpensiones con 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, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. A la última a aceptarla como afiliada sin solución de continuidad. Así mismo, se disponga a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de junio de 1961 y cuenta con 60 años de edad en la actualidad, laboró en el hospital San Vicente de Paúl de Fômeque y cotizó al fondo de pensiones de Cundinamarca desde el 3 de febrero de 1987 hasta el 10 de septiembre de 1993. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A el 30 de mayo de 2003. Adujo que los asesores del fondo no le brindaron asesoría profesional clara completa y suficiente, cierta y oportuna que le permitiera conocer las condiciones y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. Refirió que no fue informada sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de que cumpliera los 47 años. Refirió que Porvenir le comunicó que no contaba con el capital para acceder a pensión y conforme a liquidación aportada con la demanda, en Colpensiones la mesada ascendería a \$4'349.324 pesos. Finalmente, que las accionadas negaron la petición de retorno a prima media (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 16).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables genéricamente. En su defensa expuso que la afiliación al fondo de pensiones Horizonte hoy Porvenir se efectuó libre de presiones o engaños. Puso de presente que la accionante no estuvo vinculada al RPM por lo cual no se puede generar la ineficacia de traslado alguno, pues se trató de una vinculación inicial, debido a que al retrotraer las cosas a su estado original se quedaría sin afiliación a seguridad social (expediente digital, archivo 17 fls. 3 a 27).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás

declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, no se configuró vicio del consentimiento pues al momento de la afiliación se brindó información clara y expresa. Indicó que la actora está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 18 fls. 3 a 36).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 30), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señora demandante Marina Jaimes Cuéllar con la AFP BBVA Horizonte hoy Porvenir el 30 de mayo de 2003 contenida en el formulario No. 1935948.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante Marina Jaimes Cuéllar 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: ORDENAR a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante mientras a estado vinculada a este fondo privado desde el año 2003, tal y con el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede Porvenir el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, Porvenir deberán presentar un informe debidamente pormenorizado discriminando todos los valores objeto de devolución con el detalle de los ciclos, ingreso base de liquidación, aportes, valores de los descuentos de aportes pensionales objeto de devolución y los valores de su indexación y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial a dicho régimen en 1987.

CUARTO: Dadas las resultas del proceso se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones y Porvenir S.A.

QUINTO: Las COSTAS son a cargo de Colpensiones y Porvenir. Las agencias en derecho se tasan a favor de la demandante en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del pago, a cargo de cada uno de los fondos demandados.

SÉPTIMO: ORDENESE la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la nación y afines superior revise la legalidad de lo decidido en esta sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al potencial afiliado información veraz y suficiente, que le permitiera, con plena libertad efectuar el traslado de régimen, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones imploró revocar la decisión por no existir vicio del consentimiento, obrar formulario de afiliación al RAIS y no pertenecer la accionante al régimen de transición. Argumento que con el regreso de la demandante al RPM se genera una descapitalización al régimen pensional poniendo en riesgo la garantía del derecho de los demás cotizantes. De confirmarse la sentencia, solicita ordenar la devolución de todos y cada uno de los gastos generados por la AFP. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas pues fue un tercero que no intervino en el negocio jurídico cuestionado.

La AFP Porvenir S.A. solicitó revocar la sentencia y absolverla de todas y cada una de las pretensiones, pues a afiliación es eficaz y válida ya que no se acreditó la existencia de vicio alguno y el consentimiento se materializó con la suscripción del formulario y no pueden exigirse requisitos adicionales incorporados con posterioridad al ordenamiento jurídico. Sostuvo que la vinculación se dio como afiliación inicial, pues la actora no se encontraba en prima media, pues este régimen era administrado exclusivamente por Colpensiones. Se opuso a la devolución de gastos de administración, pues se generaría un enriquecimiento sin justa causa, de la misma manera se opone a la indexación, ya que con la devolución de los rendimientos financieros ya se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, por tanto debe ser aplicada esta figura.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las

sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con el certificado n. 570 del 21 de junio de 2019, emitido por la E.S.E. Hospital San Vicente de Paul de Fόμεque, la demandante le prestó servicios desde el 3 de febrero de 1987 hasta el 10 de septiembre de 1993, periodo en el cual se descontó para pensión a la trabajadora y los aportes se efectuaron al Fondo Pasivo Prestacional Sector Salud (expediente digital, archivo 1 fls 37 a 42). Migró al RAIS, administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 30 de mayo de 2003, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 17 fl. 78), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. HE SIDO ASESORADO SOBRE LAS IMPLICACIONES DEL RÉGIMEN, ESPECIALMENTE SOBRE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, EN CASO DE PERTENECER AL MISMO. MANIFIESTÓ QUE HE ESCOGIDÓ A BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES, CONOZCO QUE DISPONGO DE CINCO DÍAS HABILES A PARTIR DEL DILIGENCIAMIENTO DE ESTE FORMULARIO PARA RETRACTARME DE LA AFILIACIÓN. DECALRO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE FORMULARIO SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que inicio su vida laboral en el municipio de Fόμεque, allí le cotizaron al fondo de pensiones del departamento de Cundinamarca desde el año 1987 hasta 1993, declaró que para esa fecha quedo embarazada y dejo de laborar un tiempo. Al retomar actividades laborales en el año 2003 se vinculó a una cooperativa, esta le entregó un formulario de Horizonte que procedió a firmar, si tener contacto con algún asesor del fondo, no recibió información sobre las características del RAIS. Dijo que siguió cotizando y luego Horizonte se convirtió en Porvenir S.A. Admitió que no se acercó al ISS

para obtener información, no recibió extractos de la cuenta de ahorros individual. Admitió que su interés de retornar a RMP radica en el monto de la mesada y que no ha radicado solicitud de pensión.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Por ello, la sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaro la ineficacia de la afiliación y del traslado, para declarar

únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será confirmada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), tal como dispuso el juzgado.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios

de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por tanto la sentencia será adicionada en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

De otro lado, como quiera que la demandante prestó servicios al Hospital de Fómeque desde 1987 hasta el 10 de septiembre de 1993 y realizó aportes al Fondo de Pensiones de Cundinamarca, es claro que pertenecía a régimen de prima media, cuya administración no era exclusiva del entonces Instituto de Seguros Sociales.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia de traslado, se le ordenó, recibir a la demandante sin solución de continuidad. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Colpensiones a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de septiembre de 2022, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
007 2021 00285 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2019 00840 01
DEMANDANTE: HERMENCIA CRUZ CONDE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la «*nulidad o ineficacia*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Old Mutual hoy Skandia. En consecuencia, condenar solidariamente a Porvenir, Skandia y Colpensiones a aceptar la nulidad. Ordenar Skandia trasladar a la última los dineros recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con los frutos e intereses y reajustes económicos. Disponer a Colpensiones recibir los dineros trasladados y tenerlos como válidos en la historia laboral. Condenar a las AFP pagar 50 salarios mínimos al amparo de lo dispuesto en el artículo 13 literal b, y 271 de la Ley 100 de 1993, más las costas del proceso a cargo de las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de agosto de 1963. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 18 de agosto de 1987. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en el 1 de agosto de 1999 a través de la AFP Porvenir. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre los riesgos existentes, no le informaron sobre las características de cada régimen, la forma de acceder a la prestación y la implicaciones del cambio en su futuro pensional. Sostuvo que gracias a informaciones de terceros y no del fondo supo de los efectos del traslado en su mesada pensional. Indicó que las demandadas negaron la petición de retorno a RPM (expediente digital, archivo 01 fls 4 a 22).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha de natalicio de la promotora. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de nominadas o genéricas e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. Argumentó que la demandante en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen se vinculó al RAIS con el lleno de las exigencias legales y normativas vigentes para la época. Puso de presente que la actora está incurso en prohibición legal de retornar en razón de la edad como quiera que no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 (expediente digital, archivo 01 fls. 77 a 85).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que él traslado de régimen se concretó de manera libre e informada, la voluntad fue reiterada con la permanencia en el RAIS y los traslados horizontales. Sostuvo que Porvenir garantizó el derecho al retracto y cumplió con todas las obligaciones respecto del deber de información según lo disponía el ordenamiento jurídico para la época (expediente digital, documento 03 fls. 1 a 48).

La AFP Skandia se opuso al éxito de las pretensiones, manifestó que no son ciertos o no le constan la totalidad de los hechos propuso las excepciones de actos de relacionamiento, Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección del 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 presupuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante*, prescripción buena fe y las declarables oficiosamente. Sostuvo cumplió con el deber de información en los términos establecidos para la fecha del traslado. (expediente digital, documento 01 fls. 93 a 118)

Por auto de 25 de agosto de 2021 se dispuso llamar en garantía a la sociedad Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., solicitado Skandia S.A. (expediente digital, documento 01 fls 129).

La aseguradora Mapfre al contestar la demanda se opuso al éxito de las súplicas. Dijo que ninguno de los hechos le constas. Propuso las excepciones que denominó: *«el acto jurídico de la afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por la demandante dieron amparo al principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar medidas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas» «inexistencia de motives 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.”, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, expuso que la demandante se afilio a la AFP Porvenir de manera libre y voluntaria y ratificó su intención con los traslados horizontales (expediente digital, documento 01 fls 134 a 158).*

Frente al llamamiento en garantía se opuso en forma expresa a las pretensiones. Admitió la presentación del proceso ordinario, la suscripción

del contrato de seguros previsionales, su vigencia, cobertura y los pagos recibidos en virtud del mismo. Propuso las excepciones que denominó: «*“Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, 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 Seguros S.A.”, “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar la devolución la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados. “A “Mapfre Colombia Vida de Seguros S.A” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.” y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna*», inexistencia del derecho contractual por parte de “Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.”, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás declarables oficiosamente (expediente digital, documento 01 fls 134 a 158).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de septiembre de 2022 (expediente digital, carpeta 08, documento acta),

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Hermencia Cruz Conde realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 28 de junio de 1999 mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora Hermencia Cruz Conde.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir y a Skandia a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora Hermencia Cruz Conde, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es junto con los rendimientos que se hubiesen causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y SKANDIA y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de llamamiento en garantía formuladas en contra de Mapfre por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada Porvenir liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de un millón de pesos.

SÉPTIMO: Como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera a la actora conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares. Absolvió a la llamada en garantía debido a que el análisis del contrato comercial de seguro previsional escapa a su competencia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia pues, brindó información necesaria y suficiente conforme a la normatividad vigente en la época. Indicó que la actora suscribió el formulario de vinculación y con ello exteriorizó su voluntad de selección y demuestra que se cumplió con el deber de información. Adujo que era responsabilidad de la demandante informarse sobre los servicios a los que estaba contratando e indagar las condiciones del cambio. Señaló que la actora ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con el traslado horizontal. Imploró revocar la condena de cancelar los recursos debidamente indexados, pues se generaron rendimientos que compensan la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo.

Por su parte, Skandia S.A. suplicó que se revoque la condena relacionada con el traslado de costos de administración y sumas adicionales de la aseguradora debidamente indexadas, como quiera que estas sumas fueron descontadas en aplicación de la ley y cumplieron la finalidad de mantener cubierta a la accionante para los riesgos de invalidez y muerte, compensaron la gestión de la AFP que produjo rendimientos estos que son incompatibles con la indexación también ordenada y que constituye una doble sanción, y que por el contrario debió ser compensada.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones

del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas la actora se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 18 de agosto de 1987 (expediente digital, carpeta 02, documento 09), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 28 de junio de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 03, fl. 84). Posteriormente, el 6 de agosto de 2010, se afilió a Skandia, AFP a la cual se encuentra actualmente vinculada.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado en su lugar de trabajo se adelantó una reunión en el auditorio, no recuerda que información brindaron, pero suscribió de manera voluntaria el formulario de vinculación, porque sus compañeros comentaban que era la mejor opción, porque el Seguro Social se iba a acabar. Admitió que recibió extractos de Porvenir. Informó que se trasladó a Skandia porque está bien posicionada, pero la expectativa de pensión que le ofrece no es satisfactoria. Informó que el principal motivo para retornar a Colpensiones es que varias compañeras de trabajo han tenido éxito en la petición.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que

conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP.

Por tanto, la AFP Skandia S.A. administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto la sentencia será modificada en este punto Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), razón por la cual la sentencia será adicionada en este punto.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). En consecuencia la sentencia será adicionada también en este punto.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las demandadas Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del

Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, el fondo resultó derrotado, pues se declaró la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, 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 Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de septiembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a las AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Igualmente, condenar a Porvenir. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo

vinculada a estos fondos con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



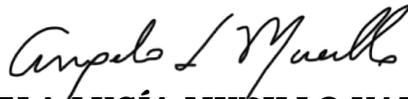
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2020 00253 01
DEMANDANTE: GLORIA MARINA LÓPEZ MEDINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de marzo de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare «*la nulidad*» y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. adelantado el 30 de septiembre de 1994 y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones el total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual. Asimismo, se disponga a las demandadas a pagar los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de mayo de 1960, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 24 de mayo de 1978,

cotizó a esta entidad a través de diferentes empleadores. Adujo que también cotizó a Cajanal desde el 1 de febrero de 1984. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en septiembre de 1994. Refirió que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco fue informada sobre el derecho de retracto. Adujo que estuvo vinculada de manera simultánea en el RAIS y en RPM de 1994 a 1995. Arguyó que en noviembre del 2010, su empleador Contraloría General de la Nación realizó sus aportes pensionales al ISS. Indicó que al 25 de febrero de 2020 acredita un total de 1949 semanas, con un ingreso base de cotización de \$3'714.285, según la AFP el valor de su mesada pensional allí ascendería a \$1'100.600. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a prima media, empero no ha obtenido respuesta (expediente digital, archivo 02 fls. 1 a 11).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al régimen de prima media y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, dado que suscribió de manera libre el formulario de vinculación con Porvenir. Adujo que la actora está inmersa en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 15 fls. 1 a 9).

Por auto del 20 de septiembre del 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de marzo de 2022 (expediente digital, carpeta 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Gloria Marina López Medina realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 30 de septiembre del año 1994, mediante su afiliación a Porvenir, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones admitir el traslado del régimen pensional de la señora Gloria Marina López Medina.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora Gloria Marina López Medina tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados, sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 esto es con todos los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir, y líquidense por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$700.000.

SEXTO: Como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de Colpensiones, remítase las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y completa al momento del traslado y con ello faltó a su deber de asesoría y transparencia lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la sentencia dado que la afiliación cumplió con los requisitos exigidos por la ley para la época del traslado, por lo cual la demandante de manera libre y voluntaria efectuó la suscripción del formulario, por tanto, no es dable exigirle acreditar requisitos introducidos con posterioridad en el ordenamiento jurídico y desarrollados por vía jurisprudencial. Señaló que la demandante al ser abogada de profesión estaba llamada a interpretar las leyes que regulan los regímenes pensionales. Expuso que la acción de ineficacia se encuentra prescrita.

De otra parte, refirió que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración por ser pérdidas producto del acto jurídico de la

ineficacia. Señaló que la consecuencia lógica de la ineficacia es que la afiliación nunca existió; por ende, no hay lugar a trasladar rendimientos. Precisó, que la devolución del bono pensional en caso de proceder debe efectuarse a la entidad emisora, esto es, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a la demandante. Arguyó que la AFP giró unas sumas a una aseguradora que mantuvieron cubierta a la accionante frente a los riesgos de invalidez y muerte por tanto no hay lugar a devolver estos montos.

Por su parte, Colpensiones imploró revocar la sentencia al argumentar que el traslado de régimen se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia, de conformidad con las exigencias legales para la época. Adujo que no es dable exigirle a la AFP acreditar requisitos introducidos con posterioridad en el ordenamiento jurídico. Señaló que la actora en el interrogatorio de parte admitió suscribir de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, por ende, fue completamente válido el acto jurídico. Señaló que de conformidad con el principio civil, quien causa el daño debe repararlo, entonces corresponde a Porvenir indemnizar a la actora frente a la diferencia de la mesada pensional entre uno y otro régimen. Adujo que el retorno de la accionante a prima media quebranta el principio de sostenibilidad financiera pues la demandante no ha contribuido al fondo común por más de 20 años.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la

misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 24 de mayo de 1978 (expediente digital, archivo 02, fls. 16 a 17), prestó servicios al Ministerio de Educación nacional desde el 1 de febrero de 1984 hasta el 1 de diciembre de 1985, al Instituto Colombiano Agropecuarios del 24 de febrero de 1986 al 26 de julio de 1988 y a la Contraloría General de la República desde el 9 de febrero de 1989 hasta 13 de octubre de 1992 y del 23 de abril de 1993 al 31 de agosto de 1995, en vigencia de estas relaciones realizó cotizaciones a Cajanal (carpeta 2 fls. 34 a 36, 38 a 41 y 42 a 46). Migró al RAIS, administrado por la AFP Porvenir el 1 de octubre de 1994 (expediente digital, archivo 20, fl. 25).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que para la época del traslado laboraba para la Contraloría General de la República y la oficina de Talento Humano gestionó reuniones con diferentes fondos privados, asistió a la charla de Porvenir S.A. junto con 20 compañeros. El asesor del fondo privado informó que Cajanal se iba a acabar, entre tanto al realizar el traslado oportuno tendría una cuenta de *ahorro*, podría invertir en la bolsa, obtendría intereses, a más, tendría la posibilidad de hacer aportes voluntarios para pensionarse anticipadamente y podría heredar la prestación. Admitió que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Arguyó que al momento del traslado no fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, sobre el derecho de retracto. Refirió que se acercó a Porvenir para preguntar sobre su futuro pensional, allí le informó que su mesada pensional ascendería a un poco más de un millón de pesos. Admitió que la motivación para retornar a prima media es la inconformidad con el monto de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la

demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión, por tanto la sentencia será modificada en este sentido.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, 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 Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de marzo de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



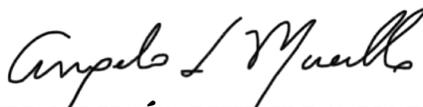
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

008 2020 00253 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 09 2017 00535 01.
DEMANDANTE: NELCY YOLANDA MURILLO ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se condene a la demandada a sustituirle debidamente indexada la pensión que disfrutaba su compañero permanente Daniel Ríos Barreto a partir del momento en que dejó de cancelarla junto con los intereses moratorios, los demás derechos a que hay lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió con Daniel Ríos Barreto de forma libre y espontánea, bajo el mismo techo desde el 18 de marzo de 2011, unión que fue declarada ante la Notaría Única de Anapoima – Cundinamarca el día 21 de mayo de 2014, bajo escritura pública n.º 183, la convivencia se extendió de manera ininterrumpida hasta el 22 de marzo de 2016, cuando se produjo su deceso. Dijo que durante el periodo de convivencia Indicó que lo acompañó durante su

enfermedad, incluso hasta su muerte, lo atendió, lo llevó al hospital y se encargó del tema funerario.

Narró que mediante Resolución n. 9032 del 31 de octubre de 2011, Porvenir reconoció a su compañero garantía de pensión mínima. Expuso que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; no obstante la AFP el 27 de enero de 2017 le informó sobre la suspensión del trámite por existir conflicto de intereses pensionales, pues el causante convivió simultáneamente con la señora Luz Elaida Castiblanco Castiblanco. Adujo que esta persona nunca fue su compañera, no tuvieron relación sentimental, apenas era una conocida a quien el causante en alguna oportunidad registró en un formulario ante Porvenir, porque allí se lo exigían, «*pero él no se acordó de nadie más*». Por tal motivo la susodicha nunca elevó reclamación de pensión.

Refirió que es persona de escasos recursos y actualmente su único medio de sustento es el trabajo en casa de familia lavando y limpiando porque dependía económicamente de su legítimo compañero permanente, con quien constituyó una sociedad conyugal que nunca fue liquidada. (fls. 12 a 24).

Por auto del 22 de marzo de 2018, se dispuso integrar el contradictorio en calidad de litis consorcio necesario a la señora Luz Elaida Castiblanco Castiblanco (fl 89). Quien al contestar la demanda mediante curador *ad litem*, formuló oposición a la demanda. Manifestó que ninguno de los hechos le constan. Propuso como excepción la falta de cumplimiento de los requisitos legales para tener derecho a la sustitución pensional. Expuso que de conformidad con las comunicaciones emitidas por la AFP existe prueba de la convivencia de Castiblanco Castiblanco con el causante, quien puede tener derecho a la prestación reclamada. Refirió que la demandante no acredita cinco años de convivencia que exige la ley para acceder a la prestación que reclama.

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó que reconoció al causante garantía de pensión mínima, que la demandante reclamó la sustitución de la prestación y la AFP comunicó la

suspensión del trámite. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario y las de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, compensación y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones argumentó que existe conflicto de beneficiarias, por tanto, el Juez está llamado a resolverlo. Argumentó que en vida el causante relacionó como beneficiaria de la pensión a Luz Elaida Castiblanco y aportó declaración extra proceso en la que los dos informaron que compartían techo, cama y mesa desde hacía 15 años y que esta durante todo el tiempo únicamente se dedicó al cuidado de su compañero. Expuso que esta persona nunca presentó reclamación de pensión, pero hay indicios de que es una potencial beneficiaria (fls. 79 a 88).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de diciembre de 2020, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de todas pretensiones incoadas en su contra por Nelsy Yolanda Murillo Rojas por lo considerado

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación en cabeza de Porvenir por lo considerado.

TERCERO: Costas a cargo de la parte demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$400.000 por lo considerado.

CUARTO: En caso de no ser apelada la decisión remítase ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado de consulta en favor de la demandante y de la señora Luz Elaida Castiblanco, conforme lo dispone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las demandantes en calidad de compañeras permanentes demostró que convivió con el pensionado en los 5 años anteriores a su deceso.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante imploró revocar la decisión al argumentar que el juzgado dio relevancia únicamente a la prueba testimonial, pero olvidó que con el análisis íntegro de los documentos aportados se logra demostrar la convivencia con el causante en los últimos 5 años de vida. Además, dar relevancia al indicio que constituye que Luz Elaida Castiblanco nunca se presentó a reclamar. Puso de presente que el Juzgado negó la posibilidad de incorporar nuevos testigos, por tanto, solicita al Tribunal que de considerarlo necesario practique esta prueba.

Señaló que se da aplicación restrictiva a la norma y se acude a la jurisprudencia emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que exige la convivencia de 5 años, pero se olvidó mediante sentencias de tutela la Corte constitucional ha amparado a personas que requieren de especial protección. Sostuvo que la sentencia desconoce postulados constitucionales vinculados como el derecho a la pensión, a la vida digna, a la vivienda que se vieron desmejoradas con la muerte de su cónyuge.

Arguyó que en la sentencia no se consideró que el causante manifestó en vida la existencia de la convivencia y se declaró la existencia de la unión marital, mediante escritura.

De otra parte, señaló que rechaza la condena en costas pues la demanda se interpuso por necesidad no con el ánimo de conseguir dinero.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a Luz Elaida Castiblanco Castiblanco quien fue convocada en calidad de litis consorcio necesario, es procedente abordar su estudio también en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la colegiatura dilucidar si Nelsy Yolanda Murillo Rojas y Luz Elaida Castiblanco Castiblanco tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañeras permanentes del pensionado Daniel Ríos Barreto.

Es verdad probada que: **i)** Daniel Ríos Barreto falleció el 22 de marzo de 2016 (fl. 9 2) y, **ii)** ostentaba la calidad de pensionado, pues la AFP Porvenir S.A. le reconoció garantía de pensión mínima a partir del julio de 2011 (fl. 73)

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores

En el presente caso, Daniel Ríos Barreto falleció el 22 de marzo de 2016, según consta en registro civil de folio 9, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que señala en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes 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 que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberán acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su

muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Dispone el inciso 2º del literal de la norma en comentario que, 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, esta se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Al amparo de las anteriores reflexiones, pasa la Colegiatura a analizar si cada una de las demandantes en calidad de compañera permanentes acreditan la convivencia con el causante en los 5 años anteriores al deceso.

1. Convivencia con la demandante Nelsy Yolanda Murillo Rojas

Se advierte que la accionante, para demostrar la convivencia aportó escritura pública n.º 00183 del 21 de mayo de 2014 (fls 4 a 7), suscrita ante la Notaría de Anapoima Cundinamarca por ella y el causante en la que se puede leer:

PRIMERO: Que bajo la gravedad del juramento declaran que desde el 18 de marzo de 2011, en forma libre y espontánea iniciaron vida en común como hombre y mujer sin ser casados entre sí, conviviendo como compañeros permanentes bajo un mismo techo.

(...)

TERCERO: Que haciendo uso de la facultad que les confiere el artículo segundo (2) de la Ley 979 del veintiséis (26) de julio de dos mil cinco (2005) que modificó el artículo cuarto (4) de la Ley 54 de mil novecientos noventa 1990 lo comparecientes por medio del presente instrumento público declaran que entre ellos existe una UNIÓN MARITAL DE HECHO por su convivencia, la cual se rige por la misma Ley 54 de 1990, modificada por la Ley 979 de 2005.

CUARTO: Que como consecuencia de la unión marital de hecho antes mencionada, entre los comparecientes y una vez cumplidos los requisitos legales, se conformó entre ellos una SOCIEDAD PATRIMONIAL de bienes que se rige por la misma Ley Cincuenta y Cuatro (54) de mil novecientos noventa (1990), modificada por la Ley 797 de dos mil cinco (2005).

QUINTO: Que de esta manera los comparecientes DECLARAN su UNIÓN MARITAL DE HECHO que se ha formado por su convivencia la cual se rige por las normas antes descrita y así mismo declaran la SOCIEDAD PATRIMONIAL DE HECHO que existe por su convivencia por más de dos (2) años

A solicitud de la demandante Nelsy Yolanda Murillo Rojas, fueron decretados los testimonios de Gloria Pulido de Abaunza y José Abaunza. La primera manifestó que conoció a Daniel Ríos Barreto como en el 2007, fue quien adelantó el trámite de la pensión del causante, pues apenas sabía escribir, era una persona mayor y estaba *muy malito*. Informó que ella fue la encargada de diligenciar el formulario de solicitud de la prestación en el cual quedaron consignados sus propios datos como teléfono, dirección y correo y al recibir información se la transmitía al causante. Al serle puesto de presente, por el Juzgado, el formulario que obra en el proceso, lo desconoció dijo que no era su letra y no correspondía al que ella elaboró.

Dijo que siempre se vio con el causante en los condominios en los que trabajaba o en la casa de Nelson Chaves donde también laboraba, nunca visitó su casa. Supo de la existencia de la demandante porque el causante la llamó y le dijo que se había casado con ella y que por tanto quería cambiar la beneficiaria reportada al tramitar la pensión, él le envió todos los soportes y ella los pasó a Porvenir solicitando el cambio. Aseguró que conoció a la accionante cuando Daniel falleció, dado que nunca antes fue a visitarlos a su casa, ya que ellos residían en Anapoima y ella en Bogotá, pero siempre que el causante la llamó ella estaba con él, lo sabe porque hablaban, en adición en alguna oportunidad fue a Anapoima, junto con su esposo José Abaunza que sí visitaba el municipio con frecuencia y los vio juntos, apenas se saludaron, por eso sabía quién era la señora. Refirió que adelantó los trámites porque Nelson Chaves se lo pidió.

El deponente José Abaunza dijo que trabajó con Nelson Chávez quien tiene casa quinta en el condominio Anapoima en este municipio iba a llevarlo y recogerlo cada ocho o quince días, allí conoció a causante aproximadamente en el 2007 o 2008. Allí también conoció a la demandante quien trabajaba en las casas del condominio, no desde cuándo, ni durante cuánto tiempo. Dijo que su empleador le pidió que junto con su esposa le ayudaran a tramitar la pensión a Daniel Ríos Barreto, quien era el *todero* en el condominio. Aseguró que su jefe, era generoso con sus empleados y el domingo los llevaba a almorzar o a tomar algo y nunca lo vio con otra persona diferente a Nelsy a quien también vio

en la velación y en el entierro. Refirió que nunca fue a la residencia del causante, en algunas oportunidades este lo invitó a almorzar e iban los dos y en una oportunidad fueron los 3 junto con su esposa.

Informó que el causante le envió por Servientrega documentos en los que consta que se casó con la demandante y que tenía una unión marital de hecho. Dijo saber que el actor en sus últimos años de vida estuvo con Nelsy quien «*lo tenía elegantemente vestido muy cuidadito, lo puso al pelo*» esto le consta porque cuando lo conoció era un hombre de campo, no estaba bien vestido, pero luego cambió y todos dicen que era por Nelsy. Aceptó que no estuvo con ellos en el periodo de enfermedad del causante, porque no vivía en Anapoima, sino en Bogotá y solo iba a ese municipio ocasionalmente a llevar a su jefe. Aseguró que una sola vez vio a la demandante y al causante juntos. Dijo que su jefe Nelson Chávez era quien siempre le comentaba que Daniel Ríos estaba viviendo con una señora más joven que lo cuidaba.

Al rendir declaración de parte la accionante manifestó que duró mucho tiempo con el causante porque trabajaron en el mismo condominio, ella ingresó a laborar allí cuando tenía 16 años y él la pretendía, pero ella no lo aceptó, luego ella tuvo dos hijos y debía trabajar en lo que le saliera, viajó a Bogotá, así que durante algún tiempo solo lo veía cuando iba a Anapoima y este la invitaba a salir. Aseguró que luego empezaron una relación de noviazgo porque se quedó sin trabajo y el causante le ofreció ayudarle, este vínculo se extendió por dos años. Luego, el 18 de marzo de 2011, aceptó vivir con él y se convirtió en *su mano derecha para ella y sus hijos* a quienes acompañaba a actividades de la escuela y compartían como familia. Dijo que su compañero la presentó ante sus familiares en la ciudad de Villavicencio por eso sabe que no contrajo matrimonio, ni tuvo hijos. Dijo que el causante falleció a causa de un derrame cerebral y trombosis, refirió que lo único que tomaba era pastillas para la pensión. Señaló que conoció a Gloria Pulido porque era amiga de su compañero y luego de ella, dijo que en una oportunidad los visitó en su casa.

Analizados en conjunto los medios de prueba, estima la Sala que la accionante Nelsy Yolanda Murillo no cumple con la carga que le impone el

artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró como indicó en la demanda que la convivencia con Daniel Ríos Barreto se dio en los últimos cinco años anteriores al deceso. En consecuencia, debe acarrear los efectos de su deficiente actuar probatorio.

Aunque acreditó haber declarado ante notario la existencia de la unión marital, ello ocurrió en mayo de 2014, sin que se pueda verificar sin lugar a dudas que convivió con este hasta el 22 de marzo de 2016 cuando se produjo su deceso, ello es así porque si bien convocó a dos testigos, ninguno de ellos ofreció detalle alguno de la relación, el trato o la convivencia, lo que resulta lógico, pues nunca los visitaron en su hogar, apenas en alguna oportunidad los vieron juntos de pasada y no cruzaron más que el saludo. Es más, el testigo José Abaunza sabía de la relación porque su jefe Nelson Chaves se lo comentaba y veía que el causante estaba más arreglado y concluía porque lo escuchaba de otros que obedecía a la convivencia con la causante.

Por su parte, la testigo Gloria Pulido apenas, vino a tratar personalmente a la accionante el día de las exequias del causante y aunque refirió que ella estaba presente siempre que conversaba con el causante telefónicamente, pues también hablaba con ella, este hecho no conduce a la sala a establecer que la pareja tenía ánimo de convivir permanente e ininterrumpidamente y que la cohabitación se extendió hasta el deceso del causante.

Importa destacar que el derecho pensional se sustituye en atención a los requisitos previstos en la ley y no en atención a las condiciones personales de los reclamantes, con todos, aunque el apoderado manifiesta que la accionante es persona de especial protección por pertenecer a la tercera edad, lo cierto es que de conformidad con el registro civil de folio 8 nació el 2 de septiembre de 1979 y a la fecha cuenta con 43 años por lo que se encuentra en edad productiva.

Vale poner de relieve que si bien la escritura pública suscrita por los compañeros, y el dicho de los testigos se constituyen en indicio de la convivencia, no permiten verificar con plena certeza que la convivencia se extendió al menos por 5 años y de forma ininterrumpida hasta el momento del deceso, requisito indispensable para otorgar la prestación reclamada.

De otra parte, conforme a lo dispuesto en el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia. En el asunto bajo examen aunque el apoderado alega que con el dicho de los hijos de la actora podría corroborarse la convivencia de la demandante y el causante, lo cierto es que estos no fueron solicitados en la demanda, tampoco decretados en primera instancia, razón por la cual la Colegiatura no puede escucharlos.

En ese horizonte, resulta acertada la conclusión a la que arribó el juzgado de primera instancia al absolver a la demandada de reconocerle la pensión de sobrevivientes, por los que la sentencia será confirmada en este punto.

De otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la demandante por este concepto, como quiera que la demandada fue absuelta, pues no fueron demostrados los supuestos fácticos base de las pretensiones.

Convivencia con Luz Elaida Castiblanco Castiblanco

Como quiera que no obra prueba alguna demostrativa de la convivencia del causante y la señora Elaida Castiblanco Castiblanco, más que su mención como beneficiaria en el formulario de folio 68, resulta forzoso confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia también en este caso.

De conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala confirmará la sentencia analizada.

No se causan costas en el grado de consulta, ni en la apelación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



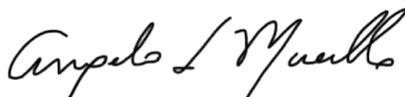
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 09 2017 00728 02
DEMANDANTE: DIEGO LOMANTO GÓMEZ
DEMANDADO: ADRIANA MILENA CORTÉS DE WATERMAN,
ESPERANZA CLAVIJO GALLEGO Y DIANA INÉS
ESGUERRA ALFONSO.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar honorarios profesionales en la suma de \$39.520.000, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 28 de octubre de 2016 acordó con la demandada la prestación de servicios profesionales de consultoría en direccionamiento estratégico, los cuales se extendieron hasta el 2 de mayo de 2017. Como contraprestación se acordó la suma de \$39.520.000 por concepto de honorarios, que fue requerida mediante la presentación de cuenta de cobro enviada por correo electrónico cuya recepción fue confirmada. Adujo que el 19 de mayo de 2017 la demandada solicitó reenviar el cobro a nombre de 3 personas para realizar una revisión conjunta a lo cual procedió y pese a que en repetidas oportunidades ha reiterado el cobro a la fecha no le han sido cancelados honorarios (fls 11 a 14).

Al contestar, la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió que se dio aviso de recibido al correo del 3 de mayo de 2017, que se le solicitó enviar la cuenta de cobro a nombre de tres personas para realizar una revisión conjunta. De los demás dijo que no son hechos o no son ciertos. Propuso las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia y la demanda o involucra a todos los litisconsortes necesarios y las de mérito que denominó negligencia de la parte actora, inexistencia de causa de honorarios profesionales, inexistencia de la obligación, carencia de derecho, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, confusión y las demás declarables oficiosamente.

En defensa de sus intereses manifestó que el 28 de noviembre de 2016, Esperanza Clavijo Gallego le presentó al accionante Diego Lomanto Gómez como opción de asesoramiento para la planeación estratégica de un proyecto. En reunión sostenida el 20 de enero de 2017, el demandante manifestó su interés por hacer parte de la sociedad y sugirió la creación de una sociedad por acciones simplificadas; el 27 de enero de 2017, accedió junto con las demás socias señoras, Diana Inés Esguerra y Esperanza Clavijo a incluir al actor como socio en el proyecto. Aseguró que el aporte de trabajo o industria efectuado por el demandante no corresponde a las actividades relacionadas en la cuenta de cobro. El 22 de febrero de 2017, se estableció contacto con Rafael Ángel Amaya para la asesoría de la constitución de la sociedad con un 7% de participación para el accionante y un 31% para cada una de las tres socias restantes. Aquel realizó algunas correcciones menores a los estatutos presentados por el asesor. En reunión sostenida el 28 de abril de 2017, el actor manifestó su intención de retirarse de la sociedad y las demás socias aceptaron. Expuso que el 27 de octubre de 2017, manifestó su intención de disolver la sociedad y pidió se adelantara una reunión para precisar y revisar la valoración de las actividades desarrolladas por cada uno de los socios en el proyecto (fls 172 a 194).

Por auto del 25 de octubre de 2018, se dispuso vincular en calidad de litisconsortes necesarias a Esperanza Clavijo Gallego y Diana Inés Esguerra Alfonso (fl. 147).

Al contestar Diana Inés Esguerra Alfonso rechazó el éxito de las peticiones. De los hechos dijo que no son ciertos o no le constan, Como excepciones formuló las que denominó: inexistencia de la obligación, enriquecimiento injusto y cobro de lo no debido, falta de causa, compensación, buena fe, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses manifestó que no ha sostenido vínculo contractual ni con el demandante ni con las codemandadas, su relación se redujo a formar parte de un equipo que a título de colaboración mutua estudiaba y exploraba la posibilidad de formar una sociedad comercial relacionada con el consumo y comercialización de productos alimenticios de origen natural. Preciso que no se convino con el accionante el pago de honorarios y resulta sorprendente que solamente los haya cobrado cuando decidió retirarse del proyecto y prescindir de ser socio (fl. 229 a 243).

Por auto del 23 de agosto de 2019 (fl. 253), se tuvo por no contestada la demanda respecto de Esperanza Clavijo Gallego.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a Adriana Milena Cortés de Waterman, Esperanza Clavijo Gallego y Diana Inés Esguerra Alfonso de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente proceso por Diego Lomanto Gómez.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de causa de honorarios profesionales e inexistencia de la obligación, propuestas por la pasiva en su contestación

TERCERO: Costas. Las costas serán a cargo de la parte demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$900.000 a prorrata a favor de las demandadas de acuerdo con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente sentencia, remítase ante la Sala de decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y teniendo en cuenta las consideraciones efectuadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia en sede de tutela STL 16877 de 2016.

En lo fundamental señaló que la demandante no prestó servicios de asesoría, sino que fungió como socio de una sociedad de hecho constituida con las demandadas. En adición determinó que el actor no demostró haber pactado el pago de honorarios.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante apeló lo resuelto al argumentar que es procedente declarar la existencia del acuerdo de voluntades para prestar los servicios profesionales de direccionamiento en consultoría que generó la cuenta de cobro presentada a las demandadas.

Arguyó que es equivocado el razonamiento del Juez, pues la pruebas no fueron claramente valoradas, entre ellas la cuenta de cobro que especifica las partes, el valor, el concepto, prestación del servicio, inicio y finalización y la actividad realizada. A más que este cobro fue enviado a la demandada vía correo, del cual se dio acuse de recibido y le fue manifestado que se procedería a revisar con las socias y le estarían informando. Posteriormente le manifiestan que para poder revisar la cuenta debía enviarla nuevamente, pero esta vez a nombre de las tres socias y que posteriormente le sería enviada respuesta; no obstante, esta nunca fue dada. Adujo que frente a este instrumento las demandadas no formularon rechazo, ni oposición, por el contrario al contestar la demanda lo hicieron sobre la hipótesis de la prestación del servicio

De otra parte, solicitó tomar en consideración el interrogatorio de parte de Adriana quien aceptó la existencia de la cuenta de cobro y de los mails

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio de recurso para determinar si las demandadas adeudan al accionante honorarios por servicios profesionales.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que quien pretenda el reconocimiento y pago de honorarios, debe demostrar que: i) Celebró un contrato para una gestión determinada, partiendo de la base que a las partes ha quedado la facultad primigenia para definir la contraprestación de los servicios, y si existe ese pacto, aquél se erige en la fuente que normalmente define la controversia generada, en razón al tipo de cláusulas y el objeto del contrato; ii) Que ésta fue realizada y, iii) Que conforme con las reglas o clausulado celebrado entre las partes, se tasó un reconocimiento monetario. (CSJ SL 4902-2021)

En el presente asunto las partes no suscribieron contrato de mandato, prestación de servicios u otro, el demandante para respaldar sus peticiones aportó correo electrónico enviado el 3 de mayo de 2017, dirigido a Adriana Milena Cortés de Waterman con copia a Esperanza Pan y Soya (clavijoesperanza@hotmail.com) y Diana Inés Esguerra Alfonso, cuyo asunto es «Cuenta de Cobro Servicios de Consultoría». (fl. 6). Aportó también cuenta de cobro por la suma de \$39.520.000, por concepto el «SERVICIOS EN GENERAL DE CONSULTORÍA EN DIRECCIONAMIENTO ESTRATÉGICO» prestados desde el 28 de octubre de 2016 hasta el 2 de mayo de 2017, comunicación adiada del 30 de junio de 2017, dirigida a a Adriana Cortés donde reitera cobro por realizado el 3 de mayo de 2017 (Fl. 3). En el instrumento se relacionan las siguientes actividades:

Tema	Actividad de Consultoría	Entregables	Valor
Direccionamiento estratégico	<ul style="list-style-type: none"> • Reuniones Estratégicas (21). • Taller Personalidades (1) • Taller ruta Esbelta de Procesos • Diseño modelo financiero de EDAPLANT • Constitución Sociedad • Acompañamiento reunión con abogado para constitución de la SAS (1) • Acompañamiento en teleconferencias con Nelson Campbell (1) y Margarita Restrepo (1) • Acompañamiento proveedor editorial (1) 	<ul style="list-style-type: none"> • Definición de Propósito, Misión, Visión, y Valores • Modelos de negocio para 4 UEN's • Plan maestro estratégico Ruta de Proceso UEN Salud • Asesoría en tipo y distribución de sociedad para EDAPLANT • Revisión de modelo de estatuto para la SAS • Trámite virtual en la CCB para constitución de la sociedad • Diseño estrategia para abrir interés por parte de la Organización Campbell para que EDAPLANT lidere PlantPure Latinoamérica • Planteamiento estratégico para desarrollar proyectos en 	\$32.640.000

		conjunto con Naked Food Inc (libro de recetas, PlantPure Hispanohablantes en USA	
Mercadeo Estratégico	<ul style="list-style-type: none"> • Apoyo a la validación y definición del nombre de la sociedad. • Apoyo a la compra de dominios de EDAPLANT • Búsqueda y selección proveedor mercadeo digital (2) • Acompañamiento en reuniones estrategia Mercadeo Digital (4) • Acompañamiento reunión proveedor diseño y desarrollo de imagen corporativa (1) 	<ul style="list-style-type: none"> • Validación de propuestas y selección nombre de la sociedad • Compra dominios EDAPLANT y creación cuenta GoDaddy. • Reunión posibles proveedores de mercadeo digital (Vertimedios). • Retroalimentación y validación de estrategia de mercadeo digital • Retroalimentación y apoyo en selección de logos para EDAPLANT y Bien Plantado 	\$6.880.000

El demandante también trajo correo electrónico del 3 de mayo de 2017(fl. en el que Adriana Milena Cortés de Waterman en respuesta a la cuenta de cobro indica:

Acuso recibo de información. Procederemos a revisar la cuenta conjuntamente con las socias y en los próximos días te estaremos informando sobre el particular

Luego, el 19 de mayo de 2017, Cortés de Waterman escribe al accionante:

Buenos días Diego.

Para poder revisar la cuenta conjuntamente con las socias, solicito atentamente enviar de nuevo la cuenta de cobro a nombre de las tres socias.

El demandante requirió el pago de honorarios mediante correos del 30 de junio de 2017 (fl. 8) y del 3 de agosto de la misma anualidad (fl. 9). En particular en el primero de los mensajes señaló:

Confío que ustedes actuaran con mayor coherencia, ética y profesionalismo, teniendo en cuenta que durante el tiempo que estuve trabajando con ustedes siempre reconocieron el valor agregado y la importancia de los aportes documentos y el trabajo en general que hice para apoyar su proyecto. Adicionalmente, en nuestra última reunión el 2 de mayo en el Restaurante Yanuba de la Calle 19 # 151.45, todas estuvieron de acuerdo en que me reconocerían los honorarios correspondientes a la consultoría que les di durante seis meses, teniendo en cuenta que por decisión de ustedes no se continuó con la opción de ser parte de la sociedad, que era lo que inicialmente se había acordado para cubrir dichos honorarios.

Al rendir declaración de parte, la demandada Adriana Milena Cortés de Waterman dijo que conoció al demandante el 28 octubre de 2016 porque Esperanza Clavijo lo presentó como amigo suyo y asesor comercial de su empresa *Pansoya*, ese día hablaron de manera informal sobre sus proyectos y fue solo hasta el 20 de enero de 2017, cuando empezaron las conversaciones para que formara parte del trabajo y del proyecto que tenían las tres demandadas. Admitió que el 2 o 3 de mayo sostuvieron una reunión los 4, para aceptar la decisión autónoma del demandante de retirarse de la sociedad, que en eses encuentro el actor Diego Lomanto de manera hostil les manifestó que cobraría lo que había hecho. Admitió que el demandante presentó cuenta de cobro y que la recibió al correo electrónico.

Señaló que el promotor del juicio sugirió hacer parte de la sociedad que estaban conformando las tres demandadas *«por iniciativa propia decidió hacer un aporte completamente voluntario a partir de su experiencia para contribuir a la formación de una sociedad»* para ello tomo la información que ellas ya venían trabajando y los contactos para ejecutar el proyecto, asistieron a varias y diversas reuniones. Dijo que la participación del actor en la sociedad estaba prevista en un 7% a ese acuerdo llegaron los 4 posibles socios desde el *27 de enero* y él estuvo de acuerdo.

La parte demandada aportó como pruebas correos electrónicos así:

Fecha -	Tema, asunto
21/01/2017 fls.23 a 35	De Diego Lomanto (DL) para Esperanza Clavijo (EC)- Remite modelo de estatutos para una S.A.S. Evidencia la Sala que se trata de una minuta con espacios en blanco para ser diligenciados.
31/01/2017 fl.36	De DL para EC Indica que hizo averiguaciones para el nombre de la sociedad y sugiere seguir validando otras propuestas pues Cresco ya está siendo utilizado y según la consulta espiritual no corresponde al de la empresa. También indica que está pendiente de conformación para una cita.
31/01/2017 Fls 37 y 38	Adriana Milena Cortés Waterman pregunta si el nombre del holding tiene que ser el mismo de la página de internet DL. responde: <i>«Ustedes pueden generar una página web de contenido con un nombre distinto que el de la Holding, pero en algún momento van a</i>

	<i>necesitar la página web de la Holding. Por eso es importante desde ahora comprar esos dominios, que no cuestan mucho pero que a futuro los van a necesitar.</i>
01/02/2017 Fl. 39	De DL para Esperanza Esguerra Informa que hizo consulta para el nombre ESDIA y <i>tampoco da.</i>
04/02/2017 Fls. 41 a 49	Esperanza Clavijo remite al Diego Lomanto (DL) y demás demandadas propuesta remitida a ella por Teleamiga Internacional – Julio Cesar Naranjo.
13/02/2017 Fls 58 y 59	DL remite a las demandadas propuesta presentada por Paolo Miscia – Ascendi – Consultoría Digital
14/02/2017 Fl 60	Adriana responde que está de acuerdo y solicita preguntar si puede empezarse con un depósito de \$4.000.000
20/02/2017 Fl 61 a 75	De diego Lomanto para Esperanza Clavijo <i>Les adjunto el documento que preparé basado en todo lo que trabajamos el viernes pasado. Les agradezco lo revisen y hagan los cambios y/o comentarios que consideren con el fin de llegar con el documento definitivo a nuestra reunión el próximo viernes con Paolo</i>
21/02/2017 Fl.76 a 79	De Diego Lomanto para Adriana Milena Cortés Waterman y Esperanza Clavijo. Remite comprobante de compra con descuento de dominios: edaplant@gmail.com . Informa como quedó la cuenta de GoDaddy <ul style="list-style-type: none"> • En la fecha Cortés Waterman contesta agradece y solicita número de cuenta para hacer transferencia. En la misma data fueron enviados por el demandante
03/03/2017 Fls. 91 a 99	De Adriana Milena Cortés Waterman para angelangelabogados Remite documentos para constitución de la SAS, <i>información de la sociedad con el nombre de la SAS las siglas, nuestros datos completos y los porcentajes y capital.</i> Copia de cédula de los cuatro socios y documentos que explican la misión, visión, propósito y las actividades comerciales. <ul style="list-style-type: none"> • En el anexo verifica la Sala que se incluye a Diego Lomanto Gómez comuna participación accionaria del 7%
14/03/2017 Fls. 99 a 103	De Cortés Waterman para <i>Diego, Esperanza y Diana</i> Remite vínculo de documento que preparó para enviar propuesta a Nelson Cambell, para implementar PlanPure con el fin que realicen comentarios y luego ella traducirlo a inglés.
14/03/2017 Fls. 104 a 152	De Diego Lomanto para <i>Adriana, Diana y Esperanza</i> <i>Les adjunto el archivo de los estatutos con algunas correcciones menores y llenando los espacios vacíos. Solo falta definir cuál sería el domicilio a registrar para la sociedad</i>
04/04/2017	Diego Lomanto remite propuesta para desarrollo de imagen corporativa

Fls 158 a 160	
19/05/2017 Fls201 a 203	De Cortés Waterman para Diego Lomanto Le solicita enviar cuenta de cobro a nombre de las tres socias <ul style="list-style-type: none"> • Diego Lomanto contesta que no es factible pues la legislación no permite generar cuentas de cobro a nombre de varias personas. Agradece no postergar más el pago y refiere que no fue acordado ningún plazo
05/06/2017 Fls. 203 y 204	De Diego Lomanto para Adriana Cortés Waterman Reitera cobro y no fijación de plazo De Diana Esguerra para Adriana Cortés <i>Como dice Diego en ningún momento se acordó un plazo de pago. Le pide esperar las sugerencias de terceros</i>
20/06/2017 Fls.205 y 206	De Diego Lomanto para Adriana Cortés Waterman Reitera cobro e indica, expone que ha tenido paciencia, pero que el caso lo seguirán manejando sus abogados. <i>Créeme que me he resistido a seguir por este camino, pues no es mi forma normal de proceder, pero por otro lado considero que hice durante seis meses un trabajo profesional y como por decisión tuya no se dio lo de la sociedad, si debe haber un reconocimiento por mi trabajo (negrilla fuera del texto)</i>

Obra en el expediente además, cuenta de cobro de \$10.00.000, presentada por Ángel & Ángel abogados Asociados por concepto de cuatro consultas, asesoría y realización de minuta para constitución de sociedad Edplant S.A.S (fl. 157). También aportó cuenta de cobro por la suma de \$117.234.226,07, presentada por Cortés Waterman por asesoría médica especialista en salud pública en el liderazgo, direccionamiento estratégico, gestión comercial y aportes monetarios (fl. 166 a 168) y cuenta de cobro elevado por Diana Esguerra Alfonso en la suma de \$85.650.000 correspondiente a su gestión de asesoría en el proyecto societario Edaplant como médica especialista en el área clínica y terapias alternativas

Al absolver interrogatorio de parte el actor Diego Lomanto dijo que hizo un levantamiento de necesidades, posteriormente una propuesta del alcance de la consultoría y se presentó un programa de trabajo, que empezó a ejecutarse en distintas reuniones. Aseguró que debido a la intensidad horaria que implicaba la asesoría se buscaron alternativas para pagar los honorarios, una de ellas era tener participación en la

organización. Admitió que propuso participar en la sociedad desde su experiencia en la planeación estratégica, pero dijo que las accionadas manifestaron que lo iban a evaluar, luego por decisión de la demandada Adriana Milena Cortés de Waterman, se decidió no continuar con ese cruce de honorarios por acciones, en reuniones del 28 de abril y 2 de mayo de 2017, esta última en la cual le pidieron presentara una cuenta de cobro. Aceptó que no fue pactada una suma específica por concepto de honorarios, tampoco unas actividades específicas sino un proceso de consultoría. De otro lado, reconoció que recibió de Rafael Ángel el proyecto de estatutos de la sociedad, que especificaba su participación del 7% y que solicitó hacer algunas correcciones. Aceptó además que fue el encargado de adelantar el registro ante la Cámara de Comercio de Bogotá.

A solicitud de la parte demandada fue escuchado el testimonio de Rafael Ángel Amaya, dijo que conoció al demandante en una reunión que sostuvieron y esa fue la única oportunidad en que lo vio. Dijo que ha sido abogado de la familia de la demandada Adriana Milena Cortés de Waterman, esta que lo contactó para que la asesorara en la constitución, diseño, planeación y funcionamiento de una empresa, también en la parte académica para explicarle las clases de empresa, los órganos de control y demás. Narró que hubo una reunión aproximadamente en febrero de 2017 en el consultorio de Cortés Waterman, allí estuvieron presentes además Diana Esguerra y el demandante quien se presentó como un accionista o socio, le pareció muy acucioso y relató:

me preguntó muchas cosas, él me dijo que era experto en cuestiones de comercio y cobranza algo así y sobre dominios de nombre y patente, también cuando llegamos más o menos a lo que tenía que ver con el aporte, él me decía que su aporte era trabajo, porque los conocimientos de él valían y demás, entonces su aporte iba a ser en especie. Adicional me decía que él prefería en esa cuestión ser accionista en lugar que le pagaran por asesoría porque le salía más beneficioso.

(...)

Bueno, la señora Esperanza no estuvo en la reunión, pero las otras personas siempre se habló fue que iban a ser accionistas, tenían ánimos societarios entre ellos, nunca se habló de que iban a pagarle a él un tipo de remuneración o trabajo siempre fue como accionista así lo tomé yo y así lo plasmé en el documento y eso fue consensual de las tres personas que estaban en el documento.

(...)

Cuando yo me reuní con ellos tenían claros los porcentajes que habían acordado

Informó que el demandante quedó como accionista en los estatutos con una participación del 7% y las demás socias en partes iguales para completar el 100%.

La testigo María Virginia Gómez, informó que es abogada, que en tal calidad en 2017, Esperanza Clavijo la convocó a una reunión por sus conocimientos en formas asociativas le habló sobre el proyecto de salud, educación a pacientes basadas en plantas. Dijo que posteriormente conoció a *Adriana*, quien la visitó en su oficina, luego le remitió un proyecto de estatutos a los que les hizo alguna observación. Expuso que el socio con menor participación era el demandante y cada uno de ellos aportaba según su conocimiento.

La testigo Luz Helena Catalina Mancipe, manifestó que es amiga de Diana Esguerra, en alguna oportunidad vio a Diego Lomanto, pero nunca sostuvo una conversación con él, ello sucedió en una cena, en la cual él tuvo una actitud *omisiva*, mientras que los demás muy activos atendiendo a los invitados. Informó que la situación le causó curiosidad, por ello, preguntó de quien se trataba y le dijeron *que era un de las personas que posiblemente podría participar en una sociedad porque estaban explorando la posibilidad de manejar un proyecto común y que él estaba allí*. Aseguró que su amiga le consultó porque tenía interés en hacer parte de un equipo de trabajo para constituir una sociedad, cada uno tendría un papel específico, pues la idea era cumplir unos intereses comunes. Refirió que en un computador vio los estatutos, por eso sabe que el demandante tenía participación.

Analizados en conjunto los medios de convicción antes relacionados estima la Colegiatura que el demandante demostró que prestó servicios profesionales a las demandadas Adriana Milena Cortés de Waterman, Esperanza Clavijo Gallego y Diana Inés Esguerra Alfonso; no obstante, estos servicios no fueron prestados únicamente en beneficio de ellas y como un tercero ajeno, sino como posible socio de Edaplant, persona jurídica que sería constituida por los cuatro, tal como se desprende de proyecto de estatutos de dicha sociedad (fls 139 152), en los que se puede leer que Digo Lomanto sería titular del 7% de las acciones.

Vale indicar que aunque el promotor del juicio indica que esta calidad se acordó para poder retribuir su gestión, lo cierto es que no demostró que previamente pactó con las accionadas adelantar unas gestiones de consultoría, tampoco en que consistirían, ni cuál era su costo. A más advierte la colegiatura que para cuando el accionante intervino ya ellas habían avanzado en ideas y concretado puntos del proyecto como el enfoque la misión y la visión que luego fueron entregados al actor. A más, las demandadas también adelantaron actividades tendientes a la constitución de la sociedad y el análisis de propuestas. Igualmente, se evidencia que terceros como Rafael ángel Amaya y Luz helena Catalina Herrera Mancipe intervinieron como asesores jurídicos en este proceso, según consta en correos electrónicos y según ellos mismos expresaron ya que fueron convocados como testigos.

Ahora bien, el demandante no demostró que su salida obedeció a la decisión de una o todas las demandadas, pues aunque a ello hizo alusión en un correo electrónico en el que cobraba el pago de honorarios, esta circunstancia no fue aceptada por las accionadas, ni probada por otro medio, por lo que su dicho no le alcanza para corroborarlo.

Ahora bien, tampoco se demostró que la sociedad haya continuado su proceso de creación, que se haya constituido o que las propuestas comerciales se hayan concretado. Así las cosas no puede la Sala concluir que las demandadas se beneficiaron del trabajo y conocimiento del actor, sino que los cuatro pretendieron la creación de una sociedad en la cual todos obtendrían beneficio, utilidades y participación; sin embargo, ello no se concretó en la realidad, sin que tal hecho de suyo genere el pago de honorarios no pactados para cada uno de los posibles socios, por no ver materializados sus expectativas comerciales.

Bajo este panorama es claro que si bien en principio el actor pudo haber ofrecido el servicio de consultoría a cambio del pago de honorarios, lo cierto es que primero, no allegó al proceso la propuesta que aduce presentó; segundo aunque alega que quien decidió su participación en la sociedad para compensar sus honorarios fue Adriana Milena Cortés de

Waterman, lo cierto es que de los correos se desprende que fue un acto voluntario, pues incluso él mismo realizó correcciones a los estatutos en los que aparecía como socio. Tercero: aunque indica que fueron las demandadas quienes decidieron excluirlo de la sociedad, tampoco este hecho está probado. En consecuencia, el demandante no cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró los supuestos en los que fundó sus pretensiones, por lo que resulta forzoso confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia, pues decidió cambiar su calidad inicial de asesor por la de socio.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

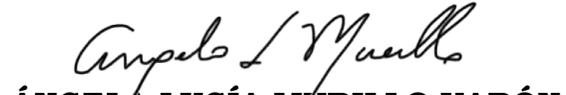
SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
009 2017 00728 02



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 09 2018 00661 01
DEMANDANTE: MARÍA DEL CARMEN VELANDIA SANDOVAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide en grado de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se condene a la demandada a pagar debidamente indexada pensión de sobrevivientes a partir del 3 de agosto de 2013, con ocasión del fallecimiento de su esposo Luis Hernando Velandia Barón aplicando la norma más beneficiosa conforme al régimen de transición del cual era beneficiario, junto con los intereses moratorios. Así mismo a pagar los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Luis Hernando Velandia Barón nació el 1 de julio de 1956. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales 1.068 semanas hasta 1998, era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que al 1 de abril de 1994 acreditaba 894 semanas, falleció el 3 de agosto de 2013, sin que se le hubiera reconocido pensión alguna.

Adujo que convivió con el causante desde el 24 de diciembre de 1981 hasta la data de su deceso 3 de agosto de 2013, fruto de la unión fueron Iván Darío y Mary Luz Velandia Velandia quienes cuentan con más de 30 años. Informó que Colpensiones le negó la pensión de sobrevivientes mediante Resolución GNR 54788 del 24 de febrero de 2014, al argumentar que el causante no había cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al deceso; empero, olvidó que su esposo era beneficiario del régimen de transición y acreditaba las semanas completas para acceder a la pensión de vejez.

Inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación y solicitó dar aplicación a los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa, pero la entidad confirmó su respuesta negativa. En noviembre de 2015, solicitó nuevo estudio pensional; no obstante, Colpensiones mantuvo su respuesta desfavorable indicando que el causante no había cumplido 60 años de edad antes del deceso. Por no estar de acuerdo interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, informó el tiempo de servicio militar cumplido por su esposo; sin embargo, la administradora no modificó su negativa (fls. 60 a 76).

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó que el causante para la data del deceso no era pensionado. Manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y las demás declarables oficiosamente Para enervar las pretensiones argumentó que la pensión de sobrevivientes debe ser reconocida al amparo de la norma vigente en la data del deceso del causante y en el asunto no fueron cotizadas 50 semanas en los tres años anteriores a la muerte por tanto la demandante no tiene derecho a percibir la prestación deprecada. Sostuvo que para el 1 de abril de 1994, el causante no contaba con 15 años de servicio, ni 40 años de edad por tanto no es beneficiario del régimen de transición y su pensión de vejez debe ser estudiada de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (fls. 89 a 95).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a María del Carmen Velandia Sandoval la pensión de sobreviviente de 13 mesadas al año en calidad de conyugue del señor Luis Hermando Velandia Varón a partir del 3 de agosto de 2013, en cuantía inicial de 1.474.320 la cual deberá ser reajustada anualmente.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a pagar a la Sra. María del Carmen Velandia Sandoval la suma de 157.776.318 por concepto del retroactivo pensional causado del 3 de agosto de 2013 a 31 de agosto de 2020, junto con las mesadas que se causen en lo sucesivo a la fecha de pago efectivo las cuales deberán ser indexadas hasta que se produzca la inclusión en nómina.

TERCERA: AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a realizar los descuentos por concepto de cotización al Sistema General de Salud conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante por lo considerado.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demanda de acuerdo con lo considerado.

SEXTO: COSTAS serán a cargo de la parte demandada tásense por secretaria fijense como agencias en derecho por el valor correspondiente 4.800.000 según lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: REMÍTASE el presente asunto ante la sala de decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de conformidad con el artículo 69 del CPTSS.

Como sustento de su decisión, señaló que el causante antes de su muerte cotizó el número de semanas mínimo para acceder a la pensión de vejez y que la accionante acreditó ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSUTLA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si Luis Hernando Barón Velandia, dejó causado el derecho a la pensión de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990 como beneficiario del régimen de transición de tal manera que pudiera causarse a favor de la promotora del juicio la pensión de sobrevivientes.

La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Luis Hernando Velandia Barón falleció el 3 de agosto de 2013 (fl. 4), por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Dicho precepto legal, contempla que para obtener la pensión de sobrevivientes se requiere además de ser miembro del grupo familiar del afiliado al sistema, que éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, o conforme al parágrafo cuando el afiliado hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento.

Revisado el expediente se advierte que el realizó su último aporte para el periodo septiembre de 1998, de suerte que no cuenta con ninguna semana cotizada entre el 3 de agosto de 2010 y el 3 de agosto de 2013.

De otra parte, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de dicha ley, sus beneficiarios tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, es posible acceder a la pensión de sobrevivientes en otra hipótesis, y es cuando el causante hubiere cumplido el número mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para la prestación por vejez, y que en el caso de las personas en régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cobijadas por los reglamentos del Instituto, es el número mínimo de cotizaciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año, que forman parte del régimen de prima media con prestación definida.

Sobre el particular la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el régimen de prima media al que alude dicha disposición, es el que está referenciado en la Ley 100 de 1993; pero cuando el afiliado que fallece, era beneficiario de la transición del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen de prima media no es otro que el consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, que, se recuerda, exigía como requisitos para acceder a la pensión de vejez, 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas -55 mujer, y 60 hombres-, o 1000 en cualquier época. Y para efectos de dar aplicación al parágrafo en mención, la Corte asentó, en lo que tiene que ver con las semanas, la fecha del deceso se asimila al del cumplimiento de la edad mínima (CSJ SL 4464-2021, CSJ SL 5196-2019, CSJ SL227-2019).

Pues bien, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación de quienes al momento de entrar en vigor el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

Se observa que el causante a 1º de abril de 1994 contaba 37 años, dado que nació el 1º de julio de 1956 (fl. 5). De conformidad con el reporte de Colpensiones y el certificado n.º 56080 del 5 de diciembre de 2011 expedido por el Ministerio de Defensa Nacional, allegados por las partes (fl. 48 y 49 y 122 a 133)), para el 1º de abril de 1994, Luis Hernando Velandia Barón contaba 885.57 semanas cotizadas; de suerte que en razón al tiempo de servicios prestados era beneficiario de transición.

Ahora, no puede olvidarse que el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, el accionante cumpliría 60 años el 1 de julio de 2016, empero el deceso habilita la edad mínima, es decir, que esta corresponde al 3 de agosto de 2013, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010, no obstante, a 29 de julio de 2005 contaba 1.111 semanas cotizadas, luego en su caso, operó la prórroga de la transición. Importa destacar que en este conteo la Sala tomó en consideración el tiempo de servicio certificado por el Ministerio de Defensa Nacional (fls. 48 y 49) y las

semanas contenidas en el reporte generado por Colpensiones (fls. 122 a 132).

Bajo ese panorama, como quiera que Luis Hernando Velandia Barón era beneficiario del régimen de transición y a la data de su deceso contaba con 1169 semanas cotizadas, es dable concluir que dejó causada la pensión de sobrevivientes al amparo de lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

Tabla Semanas cotizadas toda la Vida			
Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 365)	No. Semanas
17/01/1977	8/05/1977	112	16,00
9/05/1977	30/06/1978	418	59,71
1/07/1978	30/04/1979	304	43,43
16/07/1979	15/04/1980	275	39,29
9/07/1979	14/07/1979	6	0,86
21/04/1980	2/12/1983	1321	188,71
13/12/1983	1/04/1994	3763	537,57
Subtotal desde 17-01-1977 A 01-04-1994		6199	885,57
2/04/1994	31/12/1994	274	39,14
		0	0,00
Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias (Dias 360)	No. Semanas
		0	0,00
16/01/1995	2/07/1996	527	75,29
Subtotal desde 17-01-1977 A 02-07-1996		7000	1000
3/07/1996	3/09/1998	781	111,57
		0	0,00
Total Toda la Vida		7.781,00	1.111,57

Calidad de beneficiaria de la demandante

Establece, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

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 éste (sic). 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.

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

Con el fin de acreditar la calidad de miembro del grupo familiar la promotora del juicio aportó registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado con el causante el día 24 de diciembre de 1981, sin nota marginal alguna que de cuenta de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (fl 8), declaraciones extra proceso suscritas por Miguel Antonio Lobatón Hernández y Flor del Carmen Ussa quienes manifestaron que conocen a la demandante y al causante desde hace 30 años, por ello saben que convivieron de forma ininterrumpida desde que contrajeron matrimonio hasta que este falleció (fl 9).

A solicitud de la parte actora fueron escuchados los testimonios de Ana María Rico Sandoval, Miguel Antonio Lobatón Hernández, Luis Edgar Ovalle Algarra y Flor del Carmen Ussa, quienes fueron coincidentes en señalar que conocieron a la pareja desde hace más de 30 años, saben que inicialmente convivieron en el barrio el Hato y luego se trasladaron a otro barrio en Mosquera, fueron contestes en informar que la pareja convivió de manera ininterrumpida como esposos hasta el momento del deceso del causante que se produjo como consecuencia de un infarto cuando montaba en bicicleta, que se frecuentaban y visitaban por razones de familiaridad o amistad, se reunían asiduamente y todos los deponentes asistieron a la exequias.

Analizados en conjunto los medios de convicción antes indicados, se tiene que la promotora del juicio cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la seguridad Social, pues logró acreditar que como cónyuge del causante convivió por más de 5 años en cualquier tiempo y en todo caso hasta la data del deceso de su esposo, por tanto tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes anhelada como acertadamente concluyó la jueza de conocimiento.

Cuantificación de la pensión y número de mesadas

De conformidad con el párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 *El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.*

Realizadas las validaciones correspondientes en aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993 se tiene que el ingreso base de liquidación del causante Luis Hernando Velandia Barón determinado con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años asciende a \$2.275.521 que al serle aplicada la tasa de remplazo del 81 % correspondiente a 1.111 semanas cotizadas arroja un valor de mesada inicial que hubiera correspondido al causante para el 2013 de \$1.843.172.

Total días	3600	Total devengado actualizado a:	2013	\$ 273.062.551,11
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación		\$ 2.275.521,26
Total Años	9,91	Porcentaje aplicado		81%
		Primera mesada		\$ 1.843.172,22
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2013	\$ 589.500,00

Ahora el 80% de esta mesada es \$1.474.537 a la que tiene derecho la accionante en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, es decir una suma ligeramente superior a la determinada por el Juzgado por lo que la sentencia será confirmada en este punto, como quiera que la demandante no apeló y el grado de consulta se surte en favor de la entidad.

Como quiera que la mesada se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, por efectos de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, la prestación se cancelará a razón de 13 mesadas al año tal como dispuso el juzgado.

Prescripción

El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo dispone que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual.

A su vez el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala que las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.

Se verifica que la causación del derecho se dio el 3 de agosto de 2013 (fl. 8), cuando se produjo el deceso del señor Velandia Barón. Igualmente, se observa que se reclamó a la entidad el reconocimiento de la prestación el 8 de octubre de 2013 (fl. 329 a 332), la cual fue negada a través de la Resolución GNR 54788 del 24 de febrero de 2014 (fls 329 a 332); que inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, que fueron atendidos por Colpensiones mediante Actos Administrativos GNR 327745 del 21 de septiembre de 2014 y VPB 12355 del 13 de febrero de 2015 (fl. 334), además, la presente demanda se presentó el 25 de octubre de 2018 (fl. 77), es decir, por fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

No pasa por alto la Colegiatura que la promotora del juicio solicitó en varias oportunidades el reconocimiento y pago de la prestación de

sobrevivientes, la primera el 8 de octubre de 2013 (fl. 329 a 332), la segunda el 26 de noviembre de 2015 (fl. 260); no obstante, conviene recordar que sin importar cuantas solicitudes haya elevado la parte demandante, solamente la primera tiene la vocación de interrumpir el término prescriptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 489 del Código Sustantivo de Trabajo, que dispone:

“ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. *El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente.”*

Así las cosas, se concluye que ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción y como quiera que el medio exceptivo fue oportunamente propuesto por la demandada, resulta forzoso revocar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró no probada la excepción de prescripción para en su lugar declarar que el medio exceptivo afectó las mesadas causadas con anterioridad al 25 de octubre de 2015 y así se indicará en la parte resolutive de esta decisión.

Indexación

Como quiera que la accionante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexado el retroactivo pensional.

Aportes al sistema de salud

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación

económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (**SL2376-2018**), tal como se indicó en la sentencia analizada.

Retroactivo

Estima la Colegiatura que, al continuar causándose las mesadas adeudadas, las cuales deberán indexarse al momento del pago y descontarse la cotización a salud resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de incluir la novedad en nómina de pensionados. Para el efecto en todo caso deberá tenerse como mesada pensional para cada anualidad las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada 80%
25/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.557.929,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.663.401,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.759.047,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.830.992,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.889.218,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.961.008,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.992.580,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.104.563,00

De conformidad con las consideraciones precedentes la Sala modificará la sentencia en la forma anunciada

No se causan costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a Colpensiones a pagar a la demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas a partir del 25 de octubre de 2015, las cuales deberán ser indexadas desde el momento en que cada una se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación para el efecto tendrá como mesadas pensionales las siguientes:

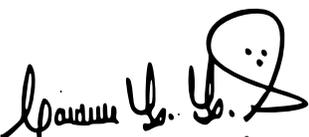
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada 80%
25/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.557.929,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.663.401,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.759.047,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.830.992,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.889.218,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.961.008,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.992.580,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 2.104.563,00

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia analizada para en su lugar declarar parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 25 de octubre de 2015.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de analizada

CUARTO: Sin COSTAS en el grado de consulta.

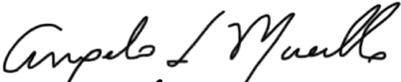
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN

Magistrada
009 2018 00661 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 010 2019 00441 01
DEMANDANTE: VÍCTOR ANTONIO RICO VILLAMIZAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la “*ineficacia y nulidad*” del traslado. En consecuencia, se ordene el traslado entre regímenes pensionales, con ello el traslado del actor al régimen de prima media con prestación definida. Dando aplicación a los principios de favorabilidad, *pro-operario* y *pro homine*. En consecuencia, ordenar el retorno a Colpensiones de todos los montos aportados al fondo privado con sus respectivos rendimientos sin que se efectúe descuento alguno

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de septiembre de 1956, se afilió al ISS el 1 de marzo 1995. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de mayo de 1998. Adujo que no le informaron sobre las características de cada régimen, las ventajas y

desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional. Expuso que no existió un consentimiento informado, que la AFP desconoció el principio de confianza legítima (expediente digital, documento 01 fls. 5 a 9).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento, afiliación al régimen de prima media, el traslado de régimen RAIS, admitió el desconocimiento del principio de confianza legítima en el que incurrió la AFP Porvenir S.A. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado del actor se efectuó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional con plena validez, dado que observó los requisitos formales (expediente digital, archivo 08 fls. 81 a 87).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues se cumplió con la obligación de brindar información en los términos establecidos para la fecha del traslado (expediente digital, documento 01 fls. 143 a 169, subsanación documento 05, fls. 2 a 30).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de agosto de 2022 (expediente digital, documento 19), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación del demandante señor Víctor Antonio Rico Villamizar, a la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizada mediante la suscripción de afiliación realizada el día 20 de abril del año 1998, antiguamente era al fondo de pensiones Colpatria hoy la demandada es Porvenir. En consecuencia, se declara ineficaz el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordena el regreso automático del demandante sin solución de continuidad al régimen de prima

media administrado por Colpensiones conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: se CONDENAR a Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones recibir y restablecer la afiliación del demandante señor Víctor Antonio Rico Villamizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. hacer entrega a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Víctor Antonio Rico Villamizar, correspondientes a las cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, deben incluirse con destino al régimen de prima media la devolución de los gastos de administración como cotizaciones, primas de los seguros previsionales de invalidez y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados acompañando el pago con las documentales que permitan que Colpensiones pueda establecer que efectivamente en la devolución se hace en los términos establecidos en esta sentencia, para ello se le otorga el término de los 15 días hábiles a la AFP Porvenir para que realice el pago correspondiente a partir de la ejecutoria de la sentencia de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: se CONDENAR a Colpensiones a que una vez ingresen las sumas de dinero provenientes de las AFP Porvenir S.A., deberá proceder a revisar que se haya hecho la devolución en los términos indicados aquí en la sentencia y deberá de manera inmediata imputar en la historia laboral para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas por el demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones Practicarse por secretaría la liquidación de costas se establecen para que se tenga en cuenta la misma, unas agencias en derecho a cargo de Porvenir la suma de \$ 1.000.000, como agencias en derecho a cargo de Colpensiones la suma de \$ 250.000.

SÉPTIMO: De no ser apelada esta providencia, súrtase el grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del honorable Tribunal Superior de distrito Judicial de Bogotá de conformidad al artículo 79 del CPTSS el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia bajo el argumento que con la decisión se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema del pensional. Sostuvo que con el traslado se materializó la voluntad del actor de pertenecer al RAIS y fue ratificada con la permanencia y los aportes realizados. Precisó que cabeza del actor también recaían obligaciones como consumidor financiero, mismos que fueron omitidos frente a su vinculación.

De otra parte, rechazó la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual. Señaló que estos conceptos son susceptibles de prescribir, pues no están destinados a financiar la pensión. Refirió que al ordenar la indexación se genera doble condena a la administradora.

Por su parte, Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia al argumentar que el traslado de régimen goza de plena validez y no adolece de vicio del consentimiento alguno. Adujo que conforme al interrogatorio de parte el traslado se realizó de manera libre y voluntaria y que el asesor del fondo suministró información clara, completa y precisa. Puso de presente que el actor se encuentra dentro de imposibilidad legal para retornar al RPM en razón a la edad y no probó actitud dolosa o fraudulenta por parte del asesor del RAIS. Por último, solicito se absolviera de al condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el

ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es

recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 1 de marzo de 1995 (expediente digital, documento 01 fl. 26 a 29), migró al RAIS, a través de la administradora Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 20 de abril de 1998, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 05, fl. 81), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO DE FORMA LIBRE ESPONTÁNEA SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE EL TRASLADO DE LOS VALORES A QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ENTIDAD ADMINISTRADORA ASIMISMO DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Posteriormente, cambió a la AFP Horizonte el 29 de agosto de 2000 y a partir del 1 de enero de 2014 a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, documento 05 fl. 79).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló inicio su vida laboral en el año 1995, en 1998, anualidad del traslado, a su lugar de trabajo llegaron algunas funcionarias que lo abordaron en un pasillo y le indicaron que al trasladarse mantendría las mismas condiciones de pensión y adicionalmente unas prebendas como rendimientos de capital ahorrado, derecho a créditos. Refirió haber recibido extractos haber leído y entendido su contenido. Manifestó que su motivación de retorno se basa es las condiciones en las se pensionara en el RAIS.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los

términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado. Por ello, la sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaro la ineficacia de la afiliación, para declarar únicamente la última, porque este es el acto de vinculación al sistema y las consecuencias jurídicas que se derivan del presente proceso, responden a la falta del deber de información al momento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos

recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., administradora a la cual se encuentra afiliado actualmente y que absorbió a Colpatria y Horizonte deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), en consecuencia se adicionará la parte correspondiente.

Vale destacar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir al demandante y los aportes provenientes de la AFP. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Colpensiones a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de agosto de 2022, para en su lugar disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedo expresado en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. que, al momento de cumplir la orden, discrimine todos los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



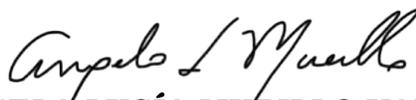
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 11 2016 00037 01
DEMANDANTE: ERIKA JANETH ARÁÉVALO VIRACACHA
DEMANDADO: BANCO RED MULTIBANCA COLPATRIA

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 22 de abril de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2014. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar debidamente indexados salarios, prestaciones sociales, vacaciones, trabajo suplementario, horas extras, recargos dominicales y festivos, indemnización por despido injustificado, sanción moratoria. Así mismo, los demás derechos a los que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios así:

Vinculación	Desde	Hasta	Salario	Cargo	Aporte trabajadora
Contrato Corretaje	22/04/2002	20/12/2002 Vacaciones	\$1.363.050		100%
CTA Fuerza Empresarial	07/01/2003	05/02/2006	\$2.046.920 + \$618.750 reembolso transporte	Asesora comercial	100%
CTA Sistemas	02/05/2006	30/09/2011	Julio de	Asesora	100%

Productivos SIPRO		Renuncia solicitada por Colpatría. Firmó conciliación so pena de no ser nuevamente vinculada	2006: \$5.259.927 compensación integral + \$150.000 ayuda para transporte Marzo 2011: \$6475.223	comercial de consumo	
Andina Empresarial S.A.S	01/11/2011	30/09/2014	Noviembre de 2011 \$1.629.000 salario base \$7.823.459 comisiones 12 meses \$869.273: aux movilización	Coordinadora Comercial	

Manifestó que a lo largo del vínculo ejecutó funciones de carácter permanente en la entidad financiera, acató las ordenes que le impartieron Diana Marcela Neira - Gerente de Colpatría, Maribel Silva - Directora Nacional de Ventas y Gerente de Multiproductos, Ana Nelcy Abello - Gerente Nacional, Julio Luis González - Gerente Bogotá y como jefes directos tuvo a Libia Rivera y Julio Luis González. Adujo que la forma sucesiva en que se suscribieron los contratos con el banco y las demás cooperativas denotan el trabajo continuo con vocación de permanencia.

Expuso que la demandada le adeuda el pago de prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social desde el 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011, indemnización por despido injustificado y la sanción moratoria (fls 113 a 140 subsanación).

Al contestar, la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. De los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de falta de integración del *litis* consorte necesario, prescripción y cosa juzgada y las de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción. En defensa de sus intereses, indicó que la actora fue vinculada mediante contrato de corretaje para la colocación de créditos actividad que ejecutó con plena autonomía e independencia desde el 22 de

abril al 2 de diciembre de 2002. Señaló que suscribió con las cooperativas fuerza Empresarial y Sipro contratos de corretaje comercial, en virtud de los cuales las cooperativas por su cuenta y riesgo con plena autonomía técnica y administrativa se comprometieron a promocionar algunos servicios y productos financieros del Banco (fls 165 a 178).

Por auto del 14 de septiembre de 2016 (fl.234) se aceptó el llamamiento en garantía que Colpatria hizo a Seguros Generales Suramericana S.A., la que contestó la demanda con oposición a lo pretendido. Coadyuvó las excepciones presentadas por la demandada en especial la de prescripción. Se opuso al llamamiento y solicitó condenar en costas al banco. Como excepciones propuso las que denominó prescripción de la acción emanada del contrato de seguros con base en el artículo 1081 del Código de Comercio, inexistencia de la obligación de indemnizar más allá del límite de la suma asegurada en el amparo del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales (fls. 250 a 258).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la ciudadana Erika Janneth Arévalo Viracacha y la persona jurídica Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria existió un contrato de trabajo vigente entre el 22 de abril del año 2002, desempeñando el cargo de Coordinadora Comercial el cual terminó el 30 de septiembre del año 2014, sin justa causa, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad Banco Colpatria Red Multibanca al pago de las siguientes sumas y conceptos

A- la suma de \$16'882.150 por concepto de cesantías causadas durante la vigencia de la relación.

B- por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a razón de \$54.300 pesos diarios por cada día de retardo en el pago de la liquidación, a partir del 1 de octubre de 2014 y hasta cuando se verifique el pago de la misma.

C- por concepto de indemnización de despido sin justa causa la suma de \$15'133.410

TERCERO: ORDENAR a la sociedad Suramericana de Seguros S.A. con adecuación a la celebración de suscripción de la póliza de seguro 0646912-5 suscrita entre Andina Empresarial S.A. y Suramericana de Seguros S.A. amparar la condena impuesta en el numeral anterior, por el valor que asciende a la suma de \$165'593.569 por concepto de cesantías e indemnizaciones previstas en el artículo 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, aportes a seguridad social, trabajo suplementario conforme se resolvió en la parte considerativa de la presente sentencia y no probada respecto de las demás, conformidad de los elementos reposados en la parte motiva de esta providencia

QUINTO: CONDENAR a la demandada a las costas del proceso liquidense por secretaria cumplidas en ella la suma de 1'000.000 pesos, valor en los cuales se estiman las agencias en derecho y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia.

En lo fundamental señaló que la demandante logró demostrar la prestación del servicio y la demandada no cumplió con el deber de probar que fue de manera autónoma e independiente, en ninguna de las etapas del vínculo

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes y la llamada en garantía apelaron lo resuelto.

La demandante arguyó que no es procedente declarar la excepción de prescripción respecto de los aportes a seguridad social en pensión. De otro, lado sostuvo que el Tribunal debe hacer la revisión de la prescripción de las demás acreencias laborales y *reconozca lo que crea conveniente*. Señaló que el salario percibido es superior al determinado por el Juzgado.

La demandada imploró revocar la decisión en lo que le resultó desfavorable. Sostuvo que no es procedente declarar la existencia de un único contrato desde el 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2014, pues entre las diferentes relaciones existen interrupciones de meses. Alegó que no es viable exigirle demostrar que no hubo subordinación, pues la vinculación se dio de manera interrumpida a través de cooperativas autorreguladas, es decir que no se dio una relación laboral y por tanto no es aplicable el Código Sustantivo de Trabajo.

Señaló que la sentencia, no es específica en señalar los actos de subordinación, en todo caso se probó su ausencia con el interrogatorio de parte de la demandante quien reconoció la autonomía de la cooperativa, el

testimonio de Blanca Peñaranda que no fue valorado adecuadamente, además porque es claro que no hubo sanciones, no se debió acatar reglamento interno, Adujo que la testigo Nelly Quintero reconoció la existencia de la cooperativa y la naturaleza del trabajo asociado.

Arguyó que el Juzgado no tomó en consideración el contrato de corretaje, que aportado, no fue desconocido y por el contrario reconocido por la accionante al rendir declaración de parte. Tampoco tuvo en cuenta el acta de conciliación suscrita con Sipro, validada por el Ministerio de Trabajo y que la actora reconoció pudo sustraerse de firmar. En tal documento quedaron transadas todas las acreencias reclamadas en este proceso, por tanto debe ser imputable el valor que allí se le reconoció y compensadas todas las sumas pagadas a la demandada, incluida la indemnización por despido injustificado, pues de lo contrario se incurriría en un doble pago lo que de suyo constituiría un enriquecimiento sin justa causa.

Señaló que Colpatria no está llamada a probar el salario de la actora. Preciso que en este evento la sanción moratoria no puede concederse a razón de un día de salario hasta que se compruebe el pago. Al punto, además, alegó que probó haber actuado de buena fe.

Indicó que las cesantías no son imprescriptibles, pues la Ley 50 de 1990, señala las fechas en que se deben pagar, además porque obra en el expediente la liquidación de este concepto por parte de su verdadero empleador y ella aceptó en el interrogatorio haber recibido este concepto. Finalmente, solicitó ser absuelta de pagar las costas del proceso y en su lugar condenar a la demandante a hacerlo.

La llamada en garantía Suramericana de Seguros, al apelar alegó que no es procedente declarar la existencia de un contrato realidad entre Colpatria y la demandante porque no esta contemplado en el Código Sustantivo de Trabajo y porque analizadas en conjunto las pruebas, básicamente los contratos comerciales celebrados entre la entidad bancaria y terceras personas, llámense cooperativas de trabajo asociado o particulares para la colocación de productos. Señaló que no está prohibido

que Andina hubiese suscrito el contrato comercial y actuó como verdadera empleadora bajo el principio de coordinación empresarial que desvirtúa la subordinación laboral.

Argumentó que en el evento de haberse configurado el contrato realidad, no se puede desconocer el pago hecho por terceros, permitido por la ley, pues se pueden pagar obligaciones incluso en contra del mismo obligado o deudor, además existe una conciliación que fue pasada por alto por el despacho.

En torno a los salarios señaló que no es procedente ordenar el pago de cesantías tomando como base salarial \$1.629.000, pues al no estar probada la remuneración debió considerarse el salario mínimo legal mensual vigente.

Dijo que ha operado la prescripción, porque si bien la demandante solicitó la declaratoria del contrato hasta 2014, lo cierto es, que solamente esta cobrando acreencias hasta el 2011, por tanto el despacho no podía resolver más allá de este asunto porque esta era la voluntad de la parte actora y con ello se vulneró el principio de la congruencia y consonancia frente a lo pedido. En otro punto, sostuvo que no está llamada a responder por la sanción moratoria y en el caso de prosperar solamente podría hacerse a partir de la declaratoria de existencia del contrato que es cuando nace a la vida jurídica.

Señaló que no es acorde al principio de la congruencia y coherencia que el Juzgado haya establecido que no era necesario la conformación del litis consorcio necesario y ahora le exija que pruebe hechos que le constaban a aquellas que se pretendió convocar.

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio de los recursos planteados por las partes, por lo que corresponde determinar en primer lugar si es procedente declarar la

existencia de un contrato de trabajo entre Erika Janeth Arévalo y Banco Colpatria desde el 22 de abril del año 2002, hasta el 30 de septiembre del año 2014.

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; CSJ SL 16528-2016, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no bastan las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de

la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior, no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones

Al amparo de los anteriores supuestos pasa la Sala a verificar los medios de convicción aportados para dar sustento a las pretensiones y encuentra que la demandante aportó certificaciones así:

Empresa y fecha de certificado	Vínculo	Cargo	Desde	Hasta	Folio
Colpatria 20/11/2003	Contrato de corretaje comercial		20/12/2002	20/12/2002	41, 42
Cooperativa de Trabajo Asociado Fuerza Empresarial	Contrato de trabajo asociado y labora	Asesor de crédito de consumo <i>para el outsourcing de corretaje de servicios financieros con la Red Multibanca Colpatria</i>	07/01/2003		52
Sistemas Productivos SISPRO 31/07/2006 12/01/2007 13/10/2007 02/04/2008 22/10/2009 04/03/2011	Convenio de asociación a término indefinido desempeñándose en el cargo de	Asesor y luego a partir del 30 de agosto de 2007 coordinador de consumo en el proyecto red Multibanca Colpatria S.A.	05/05/2006		44, 45,46,47,48,49,50
Andina empresarial 18/12/2012	Contrato de trabajo a término fijo de 6 meses	Coordinadora Comercial Consumo	11/11/2011		43

Igualmente, aportó liquidaciones de contrato de trabajo emitidas por Andina Empresarial de fechas 10 de octubre de 2011, 2 de octubre de 2014 (fls 53 y 54) y desprendibles de pago de nómina (fls 66 a 80). También, constancias de incentivos brindados a la demandante por su desempeño, por Colpatria, Sipro, Andina Empresarial (fls 81 a 88)

Ahora, al rendir declaración de parte el representante legal de la demandada Eneine Montoya Camargo Montoya Camargo manifestó que la demandante fue vinculada inicialmente mediante contrato de corretaje con plena autonomía. La testigo Nelly María Quintero Santamaría manifestó que es amiga de la actora, fueron compañeras de trabajo de 2002 a 2014, empezaron como asesoras, luego pasaron a ser coordinadoras comerciales, estuvieron juntas en el mismo edificio en la 57 con 9 y en las mismas fechas pasaron de tener contrato de corretaje a ser vinculadas a través de cooperativas y posteriormente pasaron a *Andina*. Expuso que como asesoras estaban encargadas de ofrecer productos del Banco Colpatria como créditos de libre inversión, rotativos, tarjetas de crédito, seguros y luego cuando a su amiga la nombraron coordinadora tenía a cargo 22 o 25 personas quienes ofrecían los productos del banco.

Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación jurídica laboral, por lo tanto, corresponde ahora al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente, y como quiera que las demandadas argumentan al apelar que se desconoció la existencia del contrato de corretaje, que el servicio que se dio a través de las cooperativas fue autogestionado y que nada impedía que el banco contratara a Andina Empresarial para la colocación de productos, se hace necesario analizar por separado cada etapa del vínculo.

Prestación del servicio a través del contrato de corretaje

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1340 del Código de Comercio, «*Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner*

en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación».

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 20 oct. 2006, rad. 27976, traída a colación en sentencia CSJ SL1532-2021 sostuvo:

[...] conforme al artículo 1341 del C. de Co., en el contrato de corretaje, la persona que por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa de agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, lo hace con el fin de que celebren un negocio comercial, es decir, que su gestión no se limita simplemente a contarle a las partes la existencia del negocio, sino que va más (sic) allá, esto es, a que esas partes lleven a cabo el contrato». (Subrayado fuera del texto).

Y la homologa Civil, en la sentencia CSJ SC11815-2016, sobre esta misma figura contractual, sostuvo:

En el caso del corretaje, el ordenamiento patrio no deja dudas acerca de que el contrato es bilateral. A partir de lo dispuesto en los artículos 1340 y 1341 del Código de Comercio, es definido por la Corte como aquel en que

“una parte llamada corredor, experta conocedora del mercado, a cambio de una retribución, remuneración o comisión, contrae para con otra denominada encargante o interesada, la obligación de gestionar, promover, concertar o inducir la celebración de un negocio jurídico, poniéndola en conexión, contacto o relación con otra u otras sin tener vínculos de colaboración, dependencia, mandato o representación con ninguno de los candidatos a partes” (CSJ SC. Del 14 de septiembre de 2011, rad. 05001-3103-012-2005-00366-01). (Subrayado fuera del texto original).

Destacan en esa definición las principales obligaciones de cada una de las partes, constatándose su bilateralidad, de modo que, dependiendo de quien emitió la oferta, su aceptación tácita a la misma queda demostrada con hechos indubitables que pongan comienzo a la ejecución de las prestaciones a su cargo.

El corredor tiene, pues, una primera obligación consistente en desplegar sus esfuerzos para conseguir interesar a una tercera persona en el negocio que el proponente desea concluir, con la finalidad de relacionarlos, de ponerlos en contacto. A su cargo corren además otras obligaciones, como la prevista en el artículo 1344 del Código de Comercio, referida a “comunicar a las partes todas las circunstancias conocidas por él, que en alguna forma puedan influir en la celebración del negocio”. Pueden asimismo deducirse deberes de confidencialidad, o de imparcialidad cuando ha recibido el encargo de dos personas distintas y eventualmente partes contrapuestas en un contrato (Garrigues) así como la de atender las instrucciones recibidas del comitente. (Subrayado fuera del texto original).

[...]

De suerte que la ejecución del corretaje propuesto significará, para el corredor, el comienzo de esas actividades tendientes a la consecución del tercero interesado así como el de brindar la información pertinente en los términos ya anotados.

Para demostrar la prestación personal en este periodo la actora allegó certificación emitida por Colpatria (fl. 41), en la que indica que

Arévalo Viracacha *prestó servicios mediante contrato de corretaje comercial sin subordinación alguna desde el 22 de abril de 2002 hasta el 20 de diciembre de 2002.*

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada confesó que la accionante fue vinculada en el año 2002, mediante un contrato de corretaje comercial, se le hacían pagos mensuales previa presentación de la cuenta de cobro. La demandante al rendir declaración de parte, aceptó que suscribió este contrato y que finalizó el 20 de diciembre de 2002 y aunque manifestó que el proceso de vinculación fue adelantado por personal de Colpatria, no basta su dicho para tenerlo por probado. Además confesó que la demandada le canceló la labor que ejecutó.

Respecto de este periodo la testigo Nelly María Quintero Santamaría manifestó que cuando la demandante ingresó elaborar como asesora para el banco, ya ella desempeñaba en el mismo cargo en la calle 9 con 57. Informó que las funciones del asesor comercial eran: *«ofrecer los productos del Banco Colpatria como son los créditos de libre inversión, crédito rotativo y tarjetas de crédito y seguros a veces que es lo último que lo colocan a vender ya de todo.* Vale indicar que la testigo, se refirió a pormenores de la prestación del servicio, pero para cuando la actora se desempeñó como coordinadora y respecto del periodo en que duró el contrato de corretaje dijo que no podía decir nada en cuanto a llamados de atención o la formulación de órdenes.

Puestas las cosas de esta manera, estima la Sala que la demandante no logró demostrar que desde el 22 de abril de 2002 hasta el 20 de diciembre de 2002, prestó servicios al Banco Colpatria en desarrollo de una relación laboral. Ello, en el entendido que la testigo dio cuenta únicamente de la colocación de productos financieros, asunto que no escapa en manera alguna al contrato de corretaje, según se desprende de la jurisprudencia citada en precedencia. Así las cosas, como quiera que no se demostró que la gestión de la actora, en este periodo fuera más allá de *desplegar sus esfuerzos para conseguir interesar a una tercera persona en el negocio que el proponente desea concluir, con la finalidad de*

relacionarlos, de ponerlos en contacto, resulta forzoso revocar la sentencia de en cuanto declaró la existencia de un vínculo laboral en el periodo en comento.

Prestación de servicios a través de cooperativas

Comienza la Sala por recordar que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. El artículo 59 de la misma norma, señala que el régimen de trabajo será establecido en los estatutos o reglamentos de la cooperativa y no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Igualmente, el Decreto 0468 de 1990 dispone en su artículo 9 que *“las cooperativas de trabajo asociado de conformidad con la ley regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados”*

Por su parte, el Decreto 4588 de 2006, en su artículo 3º señala que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

Dicho precepto, también en sus artículos 16 y 17, prohibió la intermediación laboral de las cooperativas de trabajo asociado, al disponer que:

Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17

del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

En el mismo sentido, de conformidad con el numeral 1 del artículo 7º del Decreto 1233 de 2008, que *“las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado”*.

Paralelamente, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, establece que el personal requerido en *“toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes”*.

En ese horizonte, es dable afirmar que estas formas asociativas, cooperativas y pre cooperativas, no pueden utilizarse para vulnerar garantías laborales y evadir las obligaciones que emergen de un verdadero contrato de trabajo. En el asunto puesto en consideración emerge que la actora prestó servicios al Banco a través de dos cooperativas de trabajo asociado, primero a CTA Fuerza Empresarial desde el 7 de enero de 2003 hasta el 2 de mayo de 2006 y a CTA Sistemas Productivos SIPRO del 2 de mayo de 2006 al 30 de septiembre de 2011.

Para demostrar la prestación personal del servicio la accionante allegó certificados así:

Cooperativa y fecha de certificado	Vínculo	Cargo	Desde	Hasta	Folio
Cooperativa de Trabajo Asociado Fuerza Empresarial	Contrato de trabajo asociado y labora	Asesor de crédito de consumo <i>para el outsourcing de corretaje de servicios financieros con la Red Multibanca Colpatría</i>	07/01/2003	05/02/2006	40 y 52
Sistemas Productivos SISPRO 31/07/2006 12/01/2007 13/10/2007 02/04/2008 22/10/2009 04/03/2011	Convenio de asociación a término indefinido desempeñándose en el cargo de	Asesor y luego a partir del 30 de agosto de 2007 coordinador de consumo en el proyecto red Multibanca Colpatría S.A.	05/05/2006		44, 45,46, 47,48, 49,50

Aportó igualmente, convenio cooperativo suscrito el 7 de enero de 2003 con CTA Fuerza Empresarial (fls 33 y 34), comunicaciones adiadas del 8 de mayo de 2006, en la que CTA Fuerza empresarial de un lado, acepta y aprueba el retiro voluntario a partir del 2 de mayo de 2006 y de otro informa el abono a su cuenta bancaria por la suma de \$3.258.622, por concepto de compensación ordinaria, medios de transporte y aportes sociales (fls. 55 a 57). También trajo impresión de reconocimientos (diplomas) otorgados por Colpatría Red Multibanca el 3 de agosto de 2002, 5 de agosto y 5 de mayo de 2003, 9 de septiembre y 9 de diciembre de 2004, (fl. 83, 86, 87 y 88).

A petición del Juzgado, Sistemas Productivos Sipro allegó régimen de compensaciones (fls 374 a 382) e informe de pagos a seguridad social realizados en favor de la actora de junio de noviembre de 2011 (fl. 384).

La testigo convocada por la parte demandante Nelly María Quintero Santamaría, dijo que cuando la accionante fue nombrada coordinadora debía manejar un grupo de más o menos veinte asesores para que ofrecieran productos del Banco Colpatría, ingresaban a las 7:30 a.m, se adelantaba una reunión con todo el personal donde se decía que iba a hacer cada asesor, que vaya a ofrecer el servicio a tal barrio, a veces se tenía que acompañar a los asesores ,luego los viernes se tenían que hacer las excepciones y teníamos que ir a la Torre Colpatría a llevar las excepciones y

sustentarlas allá en el piso 47, explicó que estas excepciones se tramitaban para lograr que un crédito negado y no procesado saliera adelante. Aseguró que a ella también la nombraron coordinadora seis meses después que a la accionante.

Expuso que los servicios fueron prestados siempre en la calle 57 con novena, que ingresaban a las 7:30 a.m., y en los días de cierre no podían salir hasta que todo estuviera cuadrado entre las 8:00 y 10:00 p.m. Aseguró que para el año 2010, Ana las llamaba a su oficina y les impartía fuertes llamados de atención por el cumplimiento del horario *«nos decía que esa forma de llegar tarde, que el Banco nos estaba pagando para que llegáramos tarde, que teníamos que ser más cumplidas y así ella era muy fuerte inclusive para tratarlo a uno»* dijo que luego esas observaciones eran pasados en memorandos y aseguró que vio los impartidos a la demandante, porque ella llorando se los mostró. Refirió que en una oportunidad la actora se retiró a las 7:30 p.m. luego le dijeron que no estaba dando ejemplo.

Aseguró que la demandante disfrutó de vacaciones a fin de año. Refirió que para tal efecto ellas las disfrutaron casi siempre para diciembre, entonces, primero se ponían de acuerdo en que fechas querían tomar para no dejar sola la oficina, luego debían ingresar a la oficina de Ana Bello o Claudia Morales y ellas *en la «oficina de la Gerente del Banco Colpatria ahí es donde uno iba y programaba sus vacaciones»*. La deponente al ser cuestionada sobre la manifestación de voluntad de suscribir renuncia a la asociación Fuerza Empresarial dijo: *cuando lo de la cooperativa nos citaron allá en las oficinas de la Castellana y allá nos dijeron, había un señor que nos dijo que era del Ministerio que no iban a liquidar que nos iban a dar una bonificación y que pues si uno no lo aceptaba inmediatamente sabía que lo iban a sacar, entonces uno decía; sí yo lo tomo y la mayoría todos los asesores, todos los coordinadores lo tomaron»*

La testigo Blanca Peñaranda manifestó que conoció a la accionante porque estuvo vinculada con el Proyecto Colpatria *en un comienzo en la Cooperativa SIPRO como asesora comercial y posteriormente como*

coordinadora comercial de un equipo para la colocación de crédito de consumo. Expuso que la Cooperativa Sipro comenzó el contrato en mayo de 2006 y se extendió aproximadamente hasta septiembre u octubre de 2011, porque los dueños de Andina Empresarial presentaron una oferta comercial que fue aceptada por el banco y continúa vigente.

Manifestó que la accionante se presentó solicitud de vinculación a la cooperativa, la cual fue aceptada y procedió a suscribir el convenio, recibir capacitación, realizar aportes. Aseguró que la cooperativa contaba con una estructura organizacional de la cual ella era la Gerente de Proyecto, luego estaba un coordinador administrativo para cada una de las cinco fuerzas comerciales: consumo, crédito hipotecario, tarjeta de crédito, libranza y crédito de vehículo. Cada coordinador tenía a su cargo 18 o 20 asesores; también existía un área de recursos humanos encargada del proceso de selección, plan de beneficios, salud ocupacional entre otras. Preciso que el área administrativa y de contabilidad estaba ubicada en el barrio La Castellana. Relató que a cargo del coordinador administrativo estaba responder por la auditoría de la producción que adelantaba el banco.

Aseguró la deponente que era la encargada de relacionarse con el banco, con los gerentes y dueños del producto quienes informaban sobre el diseño de nuevos productos, el mercado objetivo, cambios en la *tabla*, en el perfil del cliente y temas de seguridad. Luego, ella hacía reuniones con los coordinadores; empero, más adelante afirmó: *«el banco como le digo hace sus auditorías, hace sus seguimientos, tiene personas que van a la fuerza de ventas y bajan la información sobre el producto, cuál es el direccionamiento, cuál es la política, cómo se aplica la política de riesgo, cuáles son los riesgos en la colocación del producto»*

Aseveró que cuando las metas no eran cumplidas, era ella quien se reunía con la demandante y le decía que no se estaban cumpliendo los objetivos y los problemas que se presentaban con los asesores, que la actora no podía subcontratar con terceros la ejecución de su labor, estaba obligado a visitar al cliente en la casa o lugar de trabajo y dar fe que lo conocía. En adición dijo que la terminación de la vinculación se dio con la suscripción de un acta de conciliación una vez fue comunicada la

terminación del contrato comercial con el Banco. También expuso que dentro del contrato que Sipro suscribió con el banco había como anexo un contrato de comodato *de las instalaciones de la calle 57 donde funcionaba la fuerza de ventas y allí desarrollaban ellos su labora comercial*. Aseguró que el contrato también comprendía los equipos que usaban.

La representante legal de la demandada Eneine Montoya Camargo respecto del periodo bajo análisis señaló que *el banco a través de las cooperativas ha premiado a algunos por el tema comercial* con base en la información suministrada por estas. Reconoció que personal del banco podía ofrecer los productos que también promocionaba la accionante, pero explicó que en menor escala y que no salían a buscar clientes a la calle como la fuerza comercial, solamente atendían los clientes que llegaban a la oficina.

La promotora del juicio por su parte dijo que se afilió a la cooperativa Fuerza Empresarial, que debía asumir el pago del 100% de los aportes a seguridad social porque la cooperativa no los cancelaba, aunque le realizaba descuentos. Dijo que en el 2006, para ingresar a otra cooperativa le hicieron firmar carta de renuncia. Después les ofrecieron una bonificación y conciliación para terminar con Sipro y poder vincularse a Andina Empresarial y aseguró que de no hacerlo no continuaba con el contrato. Dijo que en el 2007 fue ascendida a coordinadora comercial, para ese entonces sostuvo un a reunión con la también testigo Ana Bello y debió presentarse en la Torre Colpatria ante el Vicepresidente Comercial Alcides Vargas y surtir todo el proceso con personal del banco.

Analizados en conjunto los medios de convicción señalados en aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo la Sala concluye que la actora demostró que ejecutó labores de manera subordinada, habida cuenta que la trabajadora estaba sometida a un estricto horario de trabajo pues como asesora comercial o coordinadora debía presentarse a diario a las 7:30 a.m. para adelantar reuniones, asignar rutas, visitar clientes, acompañar a los asesores a su cargo y de no hacerlo recibía llamados de atención. En el mismo sentido del dicho de la testigo Ana Peñaranda, se extrae que era la jefe directa de la actora, quien

le ponía de presente el cumplimiento de objetivos y según relató la testigo Nelly María Quintero Santamaría, también exigía observar el horario de trabajo, entre otras, para dar ejemplo y coordinaba el disfrute de las vacaciones de forma tal que siempre hubiere personal prestando el servicio.

En adición la testigo Peñaranda reconoció que personal del banco se entendía directamente con la fuerza comercial, de la cual hacía parte la demandante para darle información del producto, direccionar la gestión, informar la política y riesgos de la colocación del mismo. A más, fue categórica en señalar que la actora no podía subcontratar o delegar su función en terceros y reconoció que los equipos con los cuales ejecutaba sus funciones la accionante y las instalaciones en las cuales lo hacía eran de propiedad del banco y aunque señaló que existió un contrato de comodato para su uso el mismo no fue aportado, tampoco la oferta comercial de servicio que unió al banco y a las cooperativas.

Así las cosas, se evidencia que las cooperativas no se sirvieron de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor, pues utilizaron, los bienes muebles e inmuebles del banco demandado, además las funciones ejercidas por la actora hacen parte del objeto social de la entidad bancaria (fls 89 a 99). En consecuencia, al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, se tiene que en el periodo comprendido entre el 7 de enero de 2003 y el 2 de mayo de 2006, Fuerza Empresarial CTA actuó como simple intermediaria. Igualmente, lo hizo Sistemas Productivos Sipro CTA desde el 2 de mayo de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2011 (hecho 1.29 demanda).

Importa destacar que no es cierto, como argumentan las demandadas que la prestación del servicio se vio interrumpida por más de cinco meses en el paso de una cooperativa a la otra y entiende la Sala que la confusión se da por la forma en que fue escrita la fecha a partir de la cual se aceptaba la renuncia a Fuerza empresarial «5/2/2006» que parecería hacer alusión al 5 de febrero de 2006; empero, basta dirigirse a la data de dicha misiva y a la del paz y salvo de la relación, escrita en

números y letras para validar que fueron suscritos en mayo de 2006 (fls. 55 y 56). En consecuencia, es claro que no medió cesación alguna en la ejecución de labores.

Prestación de servicios a través de Andina Empresarial S.A.S.

De conformidad con el certificado de folio 39, adiado del 22 de octubre de 2014, Erika Janneth Arévalo Viracachá presto servicios personales Andina Empresarial como coordinadora comercial mediante contrato a término fijo desde el 1 de noviembre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2014, cuando la empresa comunicó su decisión de darlo por terminado sin justa causa (fl. 38) y procedió a liquidar el contrato (fl. 53). La demandante aportó comprobantes de pago de nómina de enero a agosto de 2014 (fls.66 a 80).

Ahora al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que Andina Empresarial S.A.S. realizó un proceso de selección para vincularla en el cual debió superar algunas pruebas. Que leyó el contrato a término fijo, comprendió su contenido y lo firmó voluntariamente. Informó que la empresa comunicó por escrito la terminación del vínculo y le canceló la totalidad de acreencias laborales e indemnización correspondiente.

La testigo Blanca Peñaranda, dijo que fungió como gerente de operación en Andina Empresarial S.A.S. Sabe que la accionante surtió un proceso de selección con la psicóloga de la empresa, pruebas, entrevistas, evaluación de su hoja de vida y estudio de seguridad y fue contratada para desempeñarse como coordinadora comercial, debía acatar el reglamento interno, cumplir horario de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 5:00 p.m. y los sábados de 9:00 a.m. a 12:00m., portar el carnet que le fue entregado, también debía cumplir las metas propuestas por la compañía y para el efecto se hacía el seguimiento correspondiente. Preciso que los procesos disciplinarios eran adelantados por Yolanda Molina, también trabajadora de Andina. Expuso que Andina al final de mes facturaba a Colpatria, esta que paga por millón desembolsado. Aseguró que en este periodo a la

trabajadora le fueron canceladas la totalidad de acreencias laborales y se realizaron en su favor todos los aportes a seguridad social.

La testigo Nelly María Quintero Santamaría aseguró que cuando ella y la demandante pasaron a la Andina les dieron unas charlas, les manifestaron que las iban a trasladar de cooperativa, que saldrían un mes a descanso, que a quien dijera que no le sería cancelado el contrato y como quiera que necesitaban firmaron.

Del análisis conjunto de los medios de convicción señalados extrae la Colegiatura que la demandante no logró demostrar que pese a estar vinculada mediante un contrato de trabajo con Andina Empresarial S.A.S. desde el 1 de noviembre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2014, su verdadero empleador fue la demandada Banco Colpatria. En efecto, ni los testigos, ni la demandante expusieron elementos que permitan arribar a tal conclusión, pues la accionante confesó que surtió un proceso de selección, que leyó, entendió el contrato y lo suscribió voluntariamente, sin manifestar si quiera, como lo hizo la testigo Quintero Santamaría, que fue persuadida para ello, so pena de perder el empleo.

Resulta pertinente resaltar que los interrogantes planteados a la accionante, a la representante legal de la demandada y a los testigos estuvieron principalmente orientados develar las circunstancias en que se desarrolló el vínculo cuando Erica Janneth Arévalo prestó servicios a través de las cooperativas de trabajo asociado y sus manifestaciones respecto de este periodo en manera alguna pueden hacerse extensivas a la época en que estuvo vinculada laboralmente con Andina Empresarial S.A.S..

Conviene precisar que al remitirse la Sala a las pretensiones de la demanda encuentra que, si bien se pretende la declaración de un contrato de trabajo desde el 22 de abril de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2014, se petitionó el reconocimiento de trabajo suplementario, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social causadas en el periodo comprendido entre el 22 de abril de 2002 y el 30 de septiembre de 2011, veamos:

2.4 Que se DECLARE que el BANCO COLPATRIA, está obligado a pagar los salarios dejados de cancelar y las prestaciones sociales a las que tiene derecho la señora ERIKA JANETH AREVALO VIRACACHA como consecuencia del vínculo laboral que mantuvo con la entidad convocada desde el 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011.

(...)

2.6 Que se CONDENE al BANCO COLPATRIA a pagar las prestaciones sociales a las que tiene derecho la señora ERIKA JANETH AREVALO VIRACACHA como consecuencia del vínculo laboral que mantuvo con la entidad convocada desde el 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011.

2.8 Que se CONDENE al BANCO COLPATRIA al pago de la CESANTÍAS CAUSADAS Y NO PAGADAS desde la fecha 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011, aplicándole a dichas sumas la indexación.

2.9 Que se CONDENE al BANCO COLPATRIA al pago de los INTERESES A LAS CESANTÍAS desde la fecha el 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011, aplicándole a dichas sumas la indexación.

2.10 Que se CONDENE al BANCO COLPATRIA al pago de las VACACIONES correspondientes desde la fecha 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011, aplicándole a dichas sumas la indexación.

2.11 Que se CONDENE al BANCO COLPATRIA al pago de la PRIMA DE SERVICIO correspondientes desde la fecha 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011, aplicándole a dichas sumas la indexación.

2.12 Que se CONDENE al BANCO COLPATRIA al pago de APORTES A SEGURIDAD SOCIAL correspondientes desde la fecha 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011, aplicándole a dichas sumas la indexación.

2.10 Que se CONDENE al BANCO COLPATRIA al pago del TRABAJO SUPLEMENTARIO, DE LAS HORAS EXTRAS, RECARGOS, DOMINICALES Y FESTIVOS Y DEMÁS EMOLUMENTOS generados de la relación laboral correspondientes desde la fecha 22 de abril de 2002 al 30 de septiembre de 2011, aplicándole a dichas sumas la indexación.

Puestas las cosas de esta manera no es procedente declarar que desde el 1 de noviembre de 2011 hasta el 30 de septiembre de 2014, entre la demandante y Colpatria existió un verdadero contrato de trabajo, pues la parte actora faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y en consecuencia debe acarrear las consecuencias negativas de su actuar probatorio.

Ahora, al retomar todas las consideraciones precedentes al amparo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, la Sala concluye que solamente es posible declarar que el Banco Red Multibanca Colpatria fue el verdadero

empleador de la accionante Erika Janeth Arévalo Viracacha desde el 7 de enero de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2011, cuando las cooperativas de trabajo asociado fungieron como simples intermediarias, pues no se sirvieron de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor, pues utilizó, los bienes e inmuebles del banco y la prestación del servicio no se dio de forma autónoma e independiente como quedó explicado en el aparte correspondiente. En consecuencia, la sentencia de primera instancia será modificada en este punto.

Pasa ahora el Tribunal a verificar los derechos que deben ser reconocidos a la demandante no sin realizar el análisis previo de la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada.

Prescripción

Frente al punto, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Por tal razón, al juez del trabajo le corresponde verificar la fecha de causación de cada acreencia y, por consiguiente, la data en la que podía ser reclamada, conforme con la ley o el acto que la contemple, a efectos de aplicar la excepción de prescripción en cada caso.

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: **I)** uno es su causación y **II)** el otro, su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

Para dilucidar el punto, en el asunto bajo examen conviene señalar que el contrato realidad con Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria se extendió hasta el 30 de septiembre de 2011, la demandante confesó que nunca realizó reclamación o presentó inconformidad frente a la vinculación a través de las cooperativas. La demanda fue interpuesta el 24 de febrero de 2016 (fl. 102), esto es, más allá del término trienal previsto en los artículos 488 del Código sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

En consecuencia, el fenómeno jurídico de la prescripción afectó los derechos causados con anterioridad al 24 de febrero de 2013, es decir los causados en vigencia de la relación laboral que se declara en esta instancia, salvo los aportes a seguridad social que no son susceptibles de prescribir como quiera que están destinados a conformar el derecho futuro a la pensión de la demandante (CSJ SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 y CSJ SL16856-2016, entre otras).

Aportes a seguridad social en pensión.

Como quiera que la relación laboral entre las partes no fue reportada a la administradora de pensiones, el Banco Colpatria Red Multibanca

Colpatria deberá cancelar el cálculo actuarial correspondiente realizado por la administradora del régimen de prima media o ahorro individual a las que se encuentre la afiliada Erika Janneth Arévalo Viracacha

En relación con el asunto, H. la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14388-2015, precisó:

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores. Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro

(...)

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adoctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, **con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.**

Para el efecto y a fin de registrar el ingreso base de cotización se tendrán como salarios los siguientes:

Desde	Hasta	Salario IBC	folio
7/01/2003	31/01/2003	\$332.000	No está certificado
01/01/2004	31/12/2004	\$358.000	No está certificado
01/01/2005	31/12/2005	\$381.500	No está certificado
01/01/2006	30/05/2006	\$408.000	No está certificado
01/06/2006	30/06/2006	\$5.259.927	Fl. 45 certificado del 31/07/2006
01/07/2006	31/07/2006	\$2.505.540	Fl. 44 certificado de fecha 12/01/2007
01/08/2006	31/08/2006	\$2.610.468	Fl. 44 certificado de fecha 12/01/2007
01/09/2006	30/09/2006	\$4.347.847	Fl. 44 certificado de fecha 12/01/2007
01/10/2006	31/10/2006	\$2.162.775	Fl. 44 certificado de fecha 12/01/2007
01/07/2006	31/07/2006	\$2.505.540	Fl. 44 certificado de fecha 12/01/2007
01/11/2006	30/11/2006	\$2.421.230	Fl. 44 certificado de fecha 12/01/2007
01/12/2006	31/12/2006	\$857.174	Fl. 44 certificado de fecha 12/01/2007
01/01/2007	30/03/2007	\$433.700	No está certificado
01/04/2007	30/08/2007	\$823.373	Fl. 47 certificado del 13/10/2007
01/09/2007	01/04/2008	\$1.415.475	Fl. 47 certificado del 13/10/2007
02/04/2008	21/10/2009	\$1.254.847	Fl. 47 certificado del 13/10/2007
22/10/2009	03/03/2011	\$5.780.701	Fl. 48 certificado de fecha 22/10/2009
04/03/2011	30/09/2011	\$6.475.223	Fl. 49 certificado de fecha 04/03/2011.

Para determinar los salarios la Sala tomó en consideración los certificados por la cooperativa Sipro en cada periodo específico, o extendiendo el último certificado hasta la fecha de siguiente constancia. En los periodos en que no obra soporte se tomó el salario mínimo legal vigente determinado por el Gobierno Nacional. En adición, la Sala considera relevante precisar que si la actora está vinculada al RAIS dicho cálculo actuarial deberá ser abonado indefectiblemente al fondo de pensión obligatoria y ser destinado a conformar el capital para financiar la pensión.

A la luz de lo expuesto la Sala revocará la sentencia de primera instancia en cuanto no impuso condena por el concepto previamente analizado y en su lugar adicionará la decisión en la forma indicada.

A modo de conclusión, aunque se declara la existencia del contrato de realidad, la demandada solamente está llamada a responder por el pago de aportes a pensión en dicho periodo, por tanto, la sentencia de primera instancia será revocada en cuanto la condenó a pagar: *i*). cesantías, pues estas prescribieron. *ii*). Sanción moratoria, como quiera que el banco por efecto de la prescripción no está llamado a responder por salarios o prestaciones sociales. *iii*). Tampoco hay lugar a ordenar el pago de indemnización por despido injustificado del 30 de septiembre de 2014, dado que Andina Empresarial que fungía como empleador para esa data no fue vinculado al proceso y en todo caso la demandante al rendir declaración de parte confesó haber recibido el pago de la indemnización señalada.

Como quiera que Andina Empresarial S.A.S. no está llamada a responder por acreencia alguna, obligatoriamente debe absolverse a Seguros Generales Suramericana S.A., pues la póliza contratada solamente garantiza en incumplimiento de aquella y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpatria de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le

resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la demandada resultó derrotada, pues además de declararse la existencia de un contrato realidad con la accionante, se le ordenó pagar cálculo actuarial por los aportes al sistema de pensiones dejados de cancelar. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria pagar las costas del proceso.

De conformidad con las consideraciones expuestas la Sala modificará la sentencia de primera instancia en la forma anunciada.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 19 de julio de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, que quedará del siguiente tenor: DECLARAR que entre la demandante Erika Janneth Arévalo Viracacha y el Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria existió un contrato de trabajo vigente únicamente entre el 7 de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2011.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar absolver a la demandada Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria de pagar cesantías, indemnización por despido injustificado y sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo.

TERCERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada para en su lugar absolver a la sociedad Suramericana de Seguros S.A. a amparar condena alguna conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada para en su lugar declarar probada la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 24 de febrero de 2013 con excepción de los aportes al sistema de seguridad social en pensión conforme se expuso en la parte considerativa.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de condenar a la demandada Banco Colpatria Red Multibanca Colpatria a pagar en favor de la demandante y con destino al fondo de pensiones obligatorias a la cual se encuentre afiliada, cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones dejadas de efectuar desde el 7 de enero de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2011. El cálculo deberá ser determinado por la administradora de pensiones y a efecto de acreditar las semanas correspondientes tomará como base de cotización las sumas que a continuación se relacionan

Desde	Hasta	Salario / IBC
7/01/2003	31/01/2003	\$332.000
01/01/2004	31/12/2004	\$358.000
01/01/2005	31/12/2005	\$381.500
01/01/2006	30/05/2006	\$408.000
01/06/2006	30/06/2006	\$5.259.927
01/07/2006	31/07/2006	\$2.505.540
01/08/2006	31/08/2006	\$2.610.468
01/09/2006	30/09/2006	\$4.347.847
01/10/2006	31/10/2006	\$2.162.775
01/07/2006	31/07/2006	\$2.505.540
01/11/2006	30/11/2006	\$2.421.230
01/12/2006	31/12/2006	\$857.174
01/01/2007	30/03/2007	\$433.700
01/04/2007	30/08/2007	\$823.373
01/09/2007	01/04/2008	\$1.415.475
02/04/2008	21/10/2009	\$1.254.847
22/10/2009	03/03/2011	\$5.780.701
04/03/2011	30/09/2011	\$6.475.223

SEXTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

SÉPTIMO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



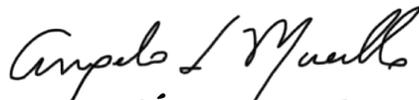
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

011 2016 00037 02



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 11 2018 00346 01
DEMANDANTE: JOSÉ RICAURTE GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que es beneficiario del régimen de transición. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la prestación de vejez que percibe al amparo del Decreto 758 de 1990, con los salarios devengados a lo largo de la vida laboral y tomando en consideración todos los factores salariales devengados en el ministerio de Agricultura y en el IDEMA, al cual se deberá aplicar una tasa de remplazo del 90%. A pagar intereses moratorios, indexación los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de junio de 1946 y acredita más de 2.029 semanas, es beneficiario del régimen de transición. Mediante Resolución n.º 48959 del 20 de octubre de 2008, le fue reconocida pensión de vejez, la que se reliquidó mediante Acto Administrativo SUB 291331 del 16 de diciembre de 2017, con el 90% del IBL, al amparo del Decreto 758 de 1990 (fls. 2 a 7).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió que emitió actos administrativos y los recursos interpuestos en su contra. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló la excepción de inepta demanda y las de mérito de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de IPC, indexación o reajuste alguno, 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 y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, expuso que reconoció la prestación conforme a los factores certificados por el IDEMA y el actor no demuestra haber percibido otros adicionales, pues ni siquiera los especifica (fls. 66 a 69).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de noviembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por el ciudadano José Ricaurte García de conformidad con las razones esbozadas en la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia

TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante inclúyase en ellas como agencias en derecho la suma de \$200.000 de conformidad con los argumentos de orden legal esbozados en este proveído.

CUARTO: REMITIR las presentes diligencia a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante José Ricaurte García en caso de no ser apelado por este sujeto procesal de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia

En lo fundamental señaló que el demandante omitió aportar prueba alguna de los factores salariales que supuestamente no fueron tomados en consideración para liquidar la pensión. En adición realizó las operaciones

matemáticas correspondientes y determinó que la entidad reconoció la pensión correctamente con el IBL de los últimos 10 al cual aplicó una tasa de remplazo del 90%. Indicó que en todo caso de configurarse el derecho a la reliquidación el mayor valor debería ser girado a la entidad que reconoció la pensión de carácter compartida.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante imploró revocar la decisión al argumentar que si dentro del expediente pensional reposan los factores salariales, por tanto la pensión debe ser reliquidada al amparo del Decreto 758 de 1990 y ordenarse el pago de intereses moratorios e indexación deprecados.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la pensión que fue reconocida al actor debe ser reliquidada en aplicación del Decreto 758 de 1990, tomando en consideración todos los factores devengados.

Es verdad probada que *i*). Colpensiones reconoció al promotor del juicio pensión de vejez mediante Resolución n.º 48959 del 20 de octubre de 2008, en cuantía inicial de \$858.085, efectiva a partir del 3 de junio de 2006, cuya liquidación se basó en 1.620 semanas un IBL de \$953.428 y una tasa de remplazo del 90%. Igualmente está probado que el retroactivo causado fue girado al IDEMA por tratarse de una pensión de carácter compartida (fl. 14). *ii*). La prestación fue reliquidada mediante Resolución SUB 291331 del 16 de diciembre de 2017, a partir del 19 de enero de 2013 en cuantía para esta data de \$1.141.007 y se dispuso girar el retroactivo correspondiente al IDEMA (fls. 14 a 19) y *iii*) el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, para determinar el monto de la pensión, la Sala da aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que el IBL, de conformidad con los

salarios cotizados por el actor en toda la vida laboral, asciende a \$832.365 y, con base en los 10 últimos años es de \$953.312, el que resulta más favorable. Por ello, se aplica una tasa de remplazo del 90%, como quiera que alcanzó a cotizar más de 1.250 semanas, lo que arroja una mesada inicial para el año 2016 de \$857.98, es decir, que el IBL más favorable determinado por la Sala resulta incluso inferior al determinado en la Resolución n.º SUB 291331 del 16 de diciembre de 2017, mediante la cual Colpensiones reliquidó la mesada inicialmente otorgada tomando en consideración un IBL de \$953.579

Importa destacar que para determinar cada uno de los ingresos base de liquidación la Sala acudió a los reportes de semanas cotizadas generado el 13 de diciembre de 2018, pues los salarios reportados por el empleador eran los únicos que Colpensiones estaba obligada a contabilizar a efectos de establecer el monto de la prestación. A más de lo anterior, el Tribunal verificó los salarios reportados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en certificación ID - 20498 del 3 de agosto de 2016 y pudo corroborar que el empleador Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA efectuó las cotizaciones sobre los factores salariales allí indicados

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1996	360	21,800	58,70	2,693	\$ 352.000,00	\$ 947.816,51	\$ 11.373.798,17	
1997	261	26,520	58,70	2,213	\$ 428.000,00	\$ 947.345,40	\$ 8.241.904,98	
1998	360	31,210	58,70	1,881	\$ 508.000,00	\$ 955.450,18	\$ 11.465.402,11	
1999	339	36,420	58,70	1,612	\$ 592.000,00	\$ 954.157,06	\$ 10.781.974,74	
2000	350	39,790	58,70	1,475	\$ 647.000,00	\$ 954.483,54	\$ 11.135.641,28	
2001	349	43,270	58,70	1,357	\$ 704.000,00	\$ 955.045,07	\$ 11.110.357,60	
2002	348	46,580	58,70	1,260	\$ 757.000,00	\$ 953.969,51	\$ 11.066.046,37	
2003	360	49,830	58,70	1,178	\$ 810.000,00	\$ 954.184,23	\$ 11.450.210,72	
2004	360	53,070	58,70	1,106	\$ 863.000,00	\$ 954.552,48	\$ 11.454.629,73	
2005	360	55,990	58,70	1,048	\$ 910.000,00	\$ 954.045,37	\$ 11.448.544,38	
2006	153	58,700	58,70	1,000	\$ 955.000,00	\$ 955.000,00	\$ 4.870.500,00	
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2006	\$ 114.399.010,08	
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 953.325,08	
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%	
		Primera mesada					\$ 857.992,58	
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año					2006	\$ 408.000,00

Puestas las cosas de esta manera resulta forzoso confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 13 2021 00068 01
DEMANDANTE: JAIME GÓMEZ CÁRDENAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la «nulidad» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) adelantado el 29 de octubre de 1997. En consecuencia, se ordene a la AFP Colfondos S.A. a restituir a Colpensiones los montos totales aportados e historia laboral con las semanas aportadas y base de la cotización. A la última a recibirlo y contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS para efectos de pensión. Finalmente, se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 14 de diciembre de 1977 se afilió al Instituto de Seguros Sociales. El 29 de octubre de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la

AFP Colfondos S.A. con la promesa de pensionarse a una edad más temprana que en el ISS entidad que quebraría, pues era insostenible. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre los requisitos, características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas (expediente digital, archivo 02, fls. 1 al 21).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Admitió la afiliación al régimen de prima media. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás declarables oficiosamente. Argumento que, sus actuaciones siempre han estado precedidas de la buena fe de conformidad con lo normado en el Constitución Política, así mismo que desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, existe la libertad de elegir entre dos regímenes coexistentes, pero excluyentes y el demandante lo ejerció, así que de manera voluntaria seleccionó en uso de plena autonomía el RAIS (expediente digital, archivo 26, fls. 1 a 11).

La AFP Colfondos S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de 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, y las declarables de oficio. Sostuvo que el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época y fue resultado de la voluntad libre y espontánea del demandante, persona plenamente capaz, quien no hizo uso del derecho de retracto, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento (expediente digital, carpeta 31 fls. 1 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado TreceLaboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de julio de 2022 (expediente digital, carpeta 35), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera el demandante Jaime Gómez Cáceres a través de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. el 29 de octubre de 1997 con efectividad el 1º de diciembre de 1997, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral del demandante, conforme a lo antes visto.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.

QUINTO: CONDENAR en costas a Colfondos en favor del demandante incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$1.000.000.

SEXTO: Por haber sido condena Colpensiones y fungir la Nación como garante en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, remitir el expediente en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

SÉPTIMO: Por secretaría, previo a remitir el expediente a la Sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, enviar copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021 y dejar constancia de ello en el expediente.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones reclama revocar la sentencia, al señalar que la afiliación al RAIS por el demandante se llevo a cumpliendo los parámetros legales exigidos para la época, así mismo que la AFP cumplió con el deber de información, no se avizora ningún vicio del consentimiento dentro del negocio jurídico. Arguyó que el afiliado se encuentra incurso en prohibición legal para retornar a prima media en

razón de la edad. Finalmente, sostuvo que el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a prima media.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de

2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 14 de diciembre de 1977 (expediente digital, archivo 27, fls. 1 a 2), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Colfondos S.A. el 29 de octubre de 1997, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 31, fl. 28), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS AQUÍ REPORTADOS SON VERDADEROS

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que prestó servicios al Ministerio de Educación y cotizó en la Caja Nacional de Previsión – Cajanal, entidad que fue liquidada y asumida por el Instituto de Seguros Sociales. Arguyó que para la época del traslado un promotor de Colfondos llegó a su lugar de trabajo, realizó una reunión informativa indicó que debía trasladarse al fondo privado porque el ISS y Cajanal se iban a acabar y que en la AFP tendría buenos rendimientos y además que

podría disponer libremente de los recursos, pensionarse de manera anticipada, obtener rendimientos si realizaba aportes voluntarios, razones estas que lo motivaron a trasladarse de manera libre de régimen. Admitió que recibe extractos, entiende cuántas semanas tiene cotizadas en cada régimen y el monto total de sus aportes. Aceptó que el motivo para trasladarse es el monto de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos

debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, en consecuencia se adicionará la sentencia en este sentido.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de

cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el segundo de la sentencia proferida el 7 de julio de 2022, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



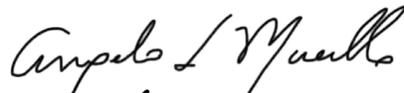
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Con aclaración de voto
013 2021 00068 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 09 2019 00523 01
DEMANDANTE: LADY JOHANNA DEAZA SOLER
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se condene a la demandada a pagar debidamente indexada pensión de sobrevivientes a partir del 3 de octubre de 2018, con ocasión del fallecimiento de su esposo Diego Julián Carbonell Caballer, junto con los intereses moratorios o en subsidio de estos a pagar la indexación correspondiente. Así mismo a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que Diego Julián Carbonell Caballero nació el 2 de noviembre de 1981 y murió el 3 de octubre de 2018. Cotizó al Instituto de Seguros Sociales 758 semanas. Narró que convivió con el causante de manera ininterrumpida desde el 28 de mayo de 2006 y hasta el momento del deceso, explicó que contrajeron matrimonio el 25 de noviembre de 2017 y no procrearon hijos. Aseguró que su esposo era quien realizaba el aporte más grande para cubrir los gastos del hogar, por percibir mayores ingresos. Adquirieron un apartamento y un carro.

Expuso que Colpensiones mediante Resolución SUB 832 del 3 de enero de 2019 Colpensiones le negó la pensión de sobrevivientes bajo el argumento que la convivencia se extendió apenas entre el 25 de noviembre de 2017 y el 3 de octubre de 2018. Inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, que al ser resueltos por la entidad mediante Actos Administrativos SUB 58878 del 8 de marzo de 2019 y DPE 1461 del 5 de abril de 2019, confirmaron la decisión inicial por no acreditarse tiempo mínimo de convivencia (fls. 34 a 45).

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data de nacimiento del causante, las semanas cotizadas, la reclamación de pensión y los actos administrativos emitidos para dar respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y las demás declarables de oficio (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por parte de la demandante la señora Lady Jhoana de Azar Soler con cedula de ciudadanía 52.868.987, por lo tanto, se niegan las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: se declara PROBADA la excepción de inexistencia del derecho a la obligación que fue alegada por Colpensiones y por resultado de la litis se abstiene el despacho de pronunciamiento sobre los demás medios exceptivos

TERCERO: Se condena en costas de la instancia a la parte actora. Practíquese la liquidación por secretaria en un monto de \$350.000 de moneda corriente como valor de las agencias en derecho

Como sustento de su decisión, señaló que cuando fallece un afiliado al igual que un pensionado el cónyuge o compañero permanente debe

demostrar que convivió con aquel al menos durante cinco años, pues así lo ha señalado la Corte Constitucional y en tal sentido al resolver una acción de tutela ha dispuesto que la Corte Suprema de Justicia dicte sus decisiones. Determinó que la accionante no convivió con el causante durante el tiempo señalado, por tanto no es dable otorgar la prestación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Solicitó revocar la decisión al argumentar que la ley solamente exige un periodo mínimo de convivencia en el caso de muerte de los pensionados. Sostuvo que en defensa del derecho a la seguridad social y atendiendo a la vocación de permanencia de la convivencia de la pareja debe ser reconocida la pensión de sobrevivientes, pues se acreditan los presupuestos temporales que venían siendo esbozados por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si Lady Johanna Deaza Soler tiene derecho a l reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

La norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores (...).

En el presente caso, Diego Julián Carbonell Caballero falleció el 3 de octubre de 2018 (fl. 5), por lo que la prestación debe ser estudiada de

conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Dicho precepto legal, contempla que para obtener la pensión de sobrevivientes se requiere además de ser miembro del grupo familiar del afiliado al sistema, que éste hubiere cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores al fallecimiento, o conforme al parágrafo cuando el afiliado hubiere cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento.

Revisado el expediente se advierte que Diego Julián Carbonell Caballero en el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2015 y el 3 de octubre de 2018, data esta en que falleció cotizó más de 50 semanas, por lo que dejó causado el derecho a la prestación con sus constantes cotizaciones con las cuales logró acumular más de 70 semanas a lo largo de su vida laboral.

Ahora, la norma dispone además que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes 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. Cuando la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que hizo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Para demostrar la convivencia con el causante Lady Johanna Deaza Soler aportó registro civil que da cuenta que contrajo matrimonio con el causante el 25 de noviembre de 2017, instrumento que no contiene nota alguna de divorcio o liquidación de la sociedad conyugal (fl. 4).

Solicitó decretar y escuchas los testimonios de Rosa Helena Joya Téllez, María Angélica Díaz Daza y Leidy Carolina Cortés Parra. La primera manifestó que conoce a la demandante aproximadamente desde el 2007, son muy cercanas, pues la madre de la demandante es una muy buena amiga suya. Dijo que la actora y el causante se conocieron en el 2013, se casaron, eran una pareja *muy linda, eran muy unidos*. Le consta que vivieron desde finales de 2015 y bajo el mismo techo desde mayo de 2016, en un apartamento que compraron hasta que se produjo el deceso. Relató que la actora pidió permiso para acompañar a su esposo al médico y allí murió en sus brazos a causa de una enfermedad congénita que incluso, él desconocía y se determinó con la autopsia.

La testigo María Angélica Díaz Daza, manifestó que conoce a la demandante por son compañeras de trabajo por eso sabe que tenía una relación con Diego Carbonell desde 2013, en el 2014, empezaron a ahorrar para adquirir su propia vivienda a la que se pasaron a vivir desde mayo de 2016, lo sabe porque con mucha frecuencia los visitaba en su apartamento ubicado en Madrid – Cundinamarca, por esto sabe que la convivencia fue ininterrumpida. Afirmó que antes de esto el causante se quedaba en la casa de Johanna. Expuso que el deceso se produjo a causa de un paro cardiorrespiratorio, en la autopsia determinaron que padecía una patología genética en el corazón que le ocasionó la muerte. Aseguró que los gastos de funeraria y entierro fueron cubiertos por la demandante.

La deponente Leidy Carolina Cortés Parra señaló que conoció a la demandante en el año 2014, en el Club Militar donde ambas trabajan, son compañeras y amigas, por ello han compartido en ambientes familiares y laborales. Manifestó que cuando la actora llegó al Club era novia de Diego Carbonell, ellos compraron un apartamento que les fue entregado en 2016, allí empezaron a convivir y se casaron en el 2017, al cual asistió. Aseguró que compartía mucho con la pareja, veía a diario como el causante llevaba y recogía a la actora del trabajo, sabe que la relación fue muy constante y *bonita*.

Al rendir declaración de parte la accionante manifestó que conoció al causante desde 2011, por que fueron compañeros de trabajo, iniciaron

una relación sentimental el 15 de junio de 2013, convivieron en el mismo lugar de residencia aproximadamente desde el 28 de mayo de 2016, por espacio de 2 años y 7 meses, en un apartamento que compraron en Madrid - Cundinamarca. Se casaron por la iglesia el 27 de noviembre de 2017. Dijo que su esposo era ingeniero electrónico con especialización en gerencia de proyectos, siempre trabajo en seguridad electrónica y el último cargo que desempeñó fue el de Director de Proyectos en Sema S.A.

Analizados en conjunto los medios probatorios estima la Colegiatura que la accionante logró demostrar que convivió con el causante, que planearon un proyecto de vida juntos con vocación de permanencia, el cual se estaba materializando entre otras con la compra de un inmueble en el que residían. Además que se brindaban apoyo y socorro mutuo, pues según los testimonios la pareja estaba pendiente uno del otro, el causante la llevaba y recogía del trabajo, compartían diversos momentos familiares y de esparcimiento. Es más los testimonios dan cuenta de una relación armónica, estable e ininterrumpida. Se valida que la demandante estaba al tanto del estado de salud de su esposo, es más, salió de su lugar de trabajo para acompañarlo al médico porque se sentía mal. Sobre el particular en la historia clínica se puede leer que la demandante estaba en compañía de su cónyuge en la sala de espera de llamado para consulta, cuando vio que este desvió la mirada, solicitó ayuda y fue en ese momento cuando la enfermera del triage activó el código azul, pero lamentablemente se produjo la muerte (cd. Expediente administrativo).

Bajo este panorama, estima la Sala que la demandante demostró que estructuró con el causante un núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, por tanto es dable reconocer la prestación deprecada en consonancia con lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte suprema de Justicia entre otras en sentencias CSJ SL 5270-2021, CSJ SL 2820-2021, CSJ SL 2222-2021, CSJ SL 1905-2021, CSJ SL 489-2021, CSJ SL 4606-2020, CSJ SL 3785-2020.

Puestas las cosas de esta manera la Sala revocará la decisión de primera instancia para en su lugar condenar a la demandada a reconocer

y pagar a Lady Johanna Deaza Soler pensión de sobrevivientes a partir del 3 de octubre de 2018, data en que falleció su esposo.

Prescripción

En el presente asunto no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción como quiera que el derecho se causó el 3 de octubre de 2018 (fl. 5). La prestación fue reclamada el 19 de noviembre de 2018 (fls. 7 a 10), la entidad contestó de manera definitiva mediante Resolución DPE 1461 del 5 de abril de 2019, mediante la cual resolvió el recurso de apelación confirmando la negativa inicial (fls 24 a 30). La demanda fue interpuesta el 1 de agosto de 2019 (fl. 46), es decir dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Cuantificación de la pensión

Ahora realizadas las validaciones correspondientes la Sala determina que la mesada pensional para el año 2018 asciende a \$1.068.282 que se pagará a partir del 3 de octubre de 2018 a razón de 13 mesadas al año. En adelante la entidad deberá continuar pagando la pensión con los ajustes anuales legales

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2008	208	64,820	96,92	1,495	\$ 800.000,00	\$ 1.196.174,02	\$ 8.293.473,21
2009	300	69,800	96,92	1,389	\$ 800.000,00	\$ 1.110.830,95	\$ 11.108.309,46
2010	328	71,200	96,92	1,361	\$ 632.006,10	\$ 860.309,42	\$ 9.406.049,70
2011	360	73,450	96,92	1,320	\$ 1.437.916,67	\$ 1.897.384,39	\$ 22.768.612,66
2012	360	76,190	96,92	1,272	\$ 1.570.083,33	\$ 1.997.276,24	\$ 23.967.314,87
2013	360	78,050	96,92	1,242	\$ 1.815.000,00	\$ 2.253.809,10	\$ 27.045.709,16
2014	360	79,560	96,92	1,218	\$ 1.526.416,67	\$ 1.859.480,94	\$ 22.313.771,24
2015	339	82,470	96,92	1,175	\$ 1.826.380,53	\$ 2.146.390,22	\$ 24.254.209,43
2016	360	88,050	96,92	1,101	\$ 2.227.416,67	\$ 2.451.802,65	\$ 29.421.631,80
2017	352	93,110	96,92	1,041	\$ 2.249.210,93	\$ 2.341.247,16	\$ 27.470.633,33
2018	273	96,920	96,92	1,000	\$ 2.970.329,67	\$ 2.970.329,67	\$ 27.030.000,00
Total días	3600					Total devengado actualizado a: 2018	\$ 233.079.714,86
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	\$ 1.942.330,96
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	55%
						Primera mesada	\$ 1.068.282,03
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2018	\$ 781.242,00

Calculo Tasa de Reemplazo 2018				
Tasa R. inicial	45%			
Semanas adicionales a 500-75			250	
250 / 50 * 2%			10%	
45%	+	10%	T. R.	55%

Aportes a seguridad social en pensiones

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (**SL2376-2018**), tal como se indicó en la sentencia analizada.

Intereses moratorios

Sobre el particular, dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente 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.

Así mismo, tratándose del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el inciso final del párrafo 1º de la ley 717 de 2001, señala que los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a dos (2) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Paralelamente, la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre esta jurisdicción, ha puntualizado que los únicos casos en los cuales no proceden los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es cuando está en discusión una “*controversia legítima entre*

potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (CSJ SL14528-2014)” o cuando la pensión se niega con fundamento “en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial.” (CJS SL508-2020).

Como quiera que la prestación se reconoce dando alcance a la interpretación jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no hay lugar a reconocer intereses moratorios.

Indexación

Bajo el entendido que la accionante no está llamada a soportar las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales desde que cada una se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación.

Retroactivo pensional

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
03/10/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.068.282,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.102.253,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.144.139,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.162.560,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.227.896,00

Estima la Colegiatura que, al continuar causándose las mesadas adeudadas, las cuales deberán indexarse al momento del pago, resulta inficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de incluir la novedad en nómina de pensionados. Para ello, deberán tenerse en cuenta las siguientes mesadas:

No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C. para en su lugar condenar a la demandada Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante Lady Johanna Deaza Soler en calidad de cónyuge supérstite del causante Diego Julián Carbonell Caballero, pensión de sobrevivientes a partir del 3 de octubre de 2018, en cuantía inicial de \$1.068.282

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante Lady Johanna Deaza Soler retroactivo pensional correspondiente a las mesadas causadas desde el 3 de octubre de 2018 y hasta que se verifique el pago de la obligación, las cuales deberán ser canceladas debidamente indexadas. Del retroactivo la entidad deberá realizar los descuentos correspondientes a los aportes en salud. Para el efecto tomará las siguientes mesadas:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
03/10/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.068.282,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.102.253,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.144.139,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.162.560,00
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 1.227.896,00

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de no configuración del derecho al pago de intereses moratorios propuesta por la demandada y no probadas las demás.

CUARTO: Sin COSTAS en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



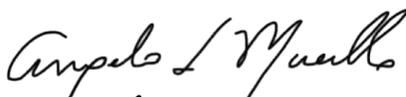
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 17 2019 00554 01
DEMANDANTE: MARÍA FERNANDA DE LOURDES ZULUAGA ISAZA
EN REPRESENTACIÓN DE RICADO ZULUAGA ISAZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de octubre de 2021

I. ANTECEDENTES

La accionante en calidad de guardadora pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar sustitución de la pensión de vejez a favor del señor Ricardo Zuluaga Isaza a partir del 23 de marzo de 1990, con ocasión del fallecimiento de su padre señor Mario Zuluaga Zuluaga. Que se ordene el pago de los intereses moratorios, la indexación correspondiente, los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que mediante Resolución n.º 04500 del 13 de octubre de 1983 el ISS reconoció pensión de vejez a Mario Zuluaga Zuluaga en cuantía de \$66.070, que este falleció el 23 de marzo de 1990. En consecuencia el Instituto de Seguros Sociales reconoció sustitución pensional a la señora Ligia Zuluaga de Isaza mediante Acto

Administrativo n.º 2503 de 1994, a partir del «23 de junio de 1987» en cuantía de \$41.025.

Ricardo Zuluaga Isaza desde temprana edad sufre trastorno psicótico – esquizofrenia paranoide, es consumidor dependiente emocional y físico, con continuas caídas depresivas, incapaz de mantener una relación laboral o afectiva por mucho tiempo. En consecuencia, trabajaba de forma esporádica y por ello, fue dependiente económica y emocionalmente de su padre señor Mario Zuluaga Zuluaga hasta la fecha de su fallecimiento, con posterioridad a este acontecimiento fue habitante de calle por más de 4 años.

Expuso que la Junta Regional de Calificación de Bogotá, mediante dictamen del 1 de septiembre de 2001, determinó que padece una pérdida de capacidad laboral del 60%, estructurada el 1 de julio de 1980. El 3 de mayo de 2016, Colpensiones emitió dictamen según el cual la PCL asciende al 85.9%, estructurada el 12 de diciembre de 2012, sin tomar en consideración la historia clínica, los antecedentes físicos y psíquicos y la evolución de estos desde la primera calificación.

Refirió que el 30 de junio de 2016, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de hijo inválido, empero mediante Resolución GNR 255304 del 30 de agosto de 2016, Colpensiones emitió respuesta negativa. Inconforme interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos mediante Actos Administrativos GNR 329866 del 8 de noviembre de 2016 y VPB 45472 del 23 de diciembre de 2016, la decisión inicial fue confirmada. El 13 de febrero de 2018 reiteró su petición, pero la entidad informó que no tenía registros en su base de datos de la pensión reconocida al causante (fls. 2 a 9).

La demandada se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Aceptó la data de fallecimiento del causante, que reconoció sustitución pensional a Ligia Zuluaga de Isaza a partir del 23 de junio de 1987 en cuantía de \$41.025, la calificación de pérdida de capacidad laboral de Ricardo Zuluaga Isaza por la Junta Regional y por Colpensiones, también los actos

administrativos proferidos y los recursos interpuestos. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa señaló que no esta llamada a otorgar la prestación reclamada como quiera que la fecha de estructuración de la invalidez es posterior al del causante (fls. 64 a 70).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: Negar en su totalidad las pretensiones de la demanda presentadas por Ricardo Zuluaga Isaza, a través de su guardadora María Fernanda de Lourdes Zuluaga Isaza por las razones esbozadas en la presente providencia

SEGUNDO: Declarar probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuesta por Colpensiones.

TERCERA: Costas en instancia a cargo de la demandante como se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: En caso de no ser recurrida la decisión se concede el Grado jurisdiccional de consulta por ser la sentencia totalmente desfavorable en los intereses de la accionante.

Como sustento de su decisión, indicó que no se demostró que Ricardo Zuluaga Isaza dependiera económicamente de su padre para la data en que este falleció, pues estaba vinculado laboralmente, por tanto no tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante persigue que se revoque la decisión. Arguye que Ricardo Zuluaga Isaza estaba calificado con una pérdida de capacidad laboral del 60% desde 1980. Señaló que se demostró que era dependiente económica y afectivamente del causante, pues debido a sus padecimientos de salud y dependencia a los fármacos, sus relaciones laborales no podían mantenerse por mucho tiempo.

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala procede a definir si el señor Ricardo Zuluaga Isaza, representado por la accionante en calidad de guardadora (fls. 14 a 17) tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, en calidad de hijo inválido del pensionado Mario Zuluaga Zuluaga

Es verdad averiguada que la norma aplicable para efectos del reconocimiento pensional es la vigente a la fecha del deceso del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos (CSJ SL450-2018 y CSJ SL10146-2017, por citar algunos).

El Instituto de Seguros Sociales. reconoció a Mario Zuluaga Zuluaga pensión de vejez, partir del 1 de octubre de 1983, en cuantía inicial de \$66.070 (fl.29), y el pensionado falleció el 23 de junio de 1987, por causas de origen común (fl.19), de suerte que la prestación debe ser estudiada a la luz del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad, que en lo que importa al proceso en su artículo 22 dispone que serán beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

ARTICULO 22. Cada uno de los hijos, legítimos o naturales reconocidos conforme a la ley, del asegurado o pensionado fallecido, que sean menores de 16 años o de cualquier edad si son inválidos, que dependan económicamente del causante; tendrán iguales derechos a la pensión de orfandad.

El instituto extenderá su goce hasta que el beneficiario cumpla los 18 años de edad cuando compruebe estar asistiendo regular y satisfactoriamente a un establecimiento educativo o de formación profesional reconocido oficialmente, y demuestre que carece de otros medios de subsistencia.

En el asunto bajo examen de conformidad con el registro de folio 13, Ricardo Zuluaga Isaza nació el 30 de septiembre de 1960 y es hijo de Mario Zuluaga y Ligia Isaza. En consecuencia para el 23 de junio de 1987, data en que falleció el causante, su hijo contaba con 27 años, por tanto debe acreditar la condición de hijo invalido con dependencia económica para la data del deceso.

Pues bien, de conformidad con el expediente administrativo visible en la carpeta 5 del expediente digital, Zuluaga Isaza solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez al Instituto de Seguros Sociales, entidad que mediante Acto Administrativo n.º 017364 del 25 de agosto de 1999, determinó que *«el afiliado a pesar de haber sido declarado inválido(a) a partir del 01 de julio de 1980, solamente cotizó 0 semanas dentro de los últimos 6 años anteriores a la invalidez y 3 en cualquier época anterior a ella»*

Conforme al contenido de la resolución mencionada la entidad había aceptado la invalidez para el año 1980, por tanto el dictamen que emitió con posterioridad, esto es, el 3 de mayo de 2016 (fls.46 a 51), según el cual la pérdida de capacidad laboral del 85.9% se estructuró apenas el 12 de diciembre de 2012, no es tenido en consideración por la Sala, máxime cuando previamente la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, autoridad técnica en la materia, determinó mediante dictamen del 19 de febrero de 2002 (fls 44 y 45), que Ricardo Zuluaga Isaza padece un pérdida de capacidad laboral del 60% estructurada el 1 de julio de 1980, tal como el ISS, reconoció en el acto administrativo mediante el cual negó la pensión de invalidez. Así las cosas, para la Sala está acreditada la condición de invalidez del hijo mayor de edad.

Empero, estima el Tribunal que el requisito de dependencia económica no está probado, ello en el entendido si bien estaba calificada la pérdida de capacidad del interesado en su expediente administrativo obran reportes generados por el ISS que dan cuenta que para la fecha en que acaeció la muerte de su padre, se encontraba laborando al servicio del empleador Productos Lácteos Tim Ltda, este que realizó cotizaciones desde el 17 de marzo de 1987 hasta el 28 de julio de la misma anualidad. En consecuencia, es claro que el Ricardo Zuluaga Isaza percibía un ingreso de \$21.420, pues esta fue la base de cotización, es decir, una suma que resultaba superior al salario mínimo de la época que ascendía a \$20.510 (Carpeta 05, sub carpeta 19414647 fls. 9 a 12).

Ahora bien, es evidente que tal como se argumenta en la apelación las relaciones laborales del interesado eran cortas y no continuas, en efecto apenas se reflejan en la historia laboral las siguientes vinculaciones y cotizaciones

Empleador	Desde	Hasta
Opain Ltda	03/01/1979	16/01/1979
Quimetal S.A.	20/03/1979	31/03/1979
El Punto Agrícola S.C.S.	16/05/1983	28/02/1987
Productos Lácteos Tim Ltda	17/03/1987	28/07/1987
Julián Zuluaga Isaza	04/09/1989	31/12/1994

Sin embargo, ello por sí solo, no es demostrativo de la dependencia económica que pudiera tener Ricardo Zuluaga Isaza respecto de su padre y la Sala no puede arribar a tal conclusión, pues la demandante no aportó medios probatorios adicionales técnicos o científicos que evidenciaran que la vinculación laboral del hijo inválido se dio como consecuencia de una capacidad laboral residual, pero que requería del apoyo económico del causante y dependía de este para su subsistencia. Tampoco procuró la práctica de testimonios que dieran constancia de tal situación que no le es dable suponer a la Sala.

Es importante señalar que la Sala no desconoce que Ricardo Zuluaga Isaza padece de antaño una serie de patologías, empero no cuenta con elementos de juicio que permitan concluir que para la data del deceso del causante estas le impedían valerse por sí mismo, por el contrario, como se evidencio en precedencia estaba vinculado laboralmente.

Así las cosas, es evidente que la parte actora faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código general del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que resulta forzoso confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia.

No se causan costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

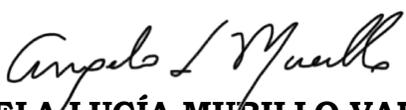
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de octubre de 2021

Sin COSTAS en la apelación, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 019 2019 00460 01
DEMANDANTE: JOSÉ LUIS BENAVIDES VARÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., y válidamente vinculado a Colpensiones. En consecuencia, condenar a la AFP a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas, «*sin incluir dentro de dicho traslado los gastos de administración y la comisión del seguro previsional cobrados durante la vigencia de la afiliación*». A la última a recibirlo como afiliado como si nunca se hubiere surtido el traslado de régimen. Se condene a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones narro que nació el 10 de octubre de 1963, se vinculó laboralmente con el Instituto Colombiano de Cultura y desde el 23 de septiembre de 1985 hasta diciembre de 2002, periodo en el que cotizó a Cajanal hoy Colpensiones. El 1 de septiembre de 2003, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el fondo no le informó de forma adecuada y completa las características de cada régimen pensional, la incidencia del cambio en su futuro pensional, ni la posibilidad de regresar al RPM. Aseguró que cuenta con 1688 semanas de las cuales 901 fueron cotizadas a Cajanal y 787 con al RAIS. Expuso que la AFP le informó que su mesada allí sería \$1.075.200, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$4.598.871. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 7 a 91).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió la data de nacimiento y edad del demandante, la afiliación a Cajanal, el número de semanas cotizadas, el traslado al RAIS, la afiliación actual a Porvenir, la proyección pensional, también la reclamación administrativa y su respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y las declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que el acto jurídico cuestionado no adolece de causal de nulidad (expediente digital, archivo 01 fls. 151 a 166).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que cumplió con la obligación de brindar información en los términos previstos para la data del traslado. Que el acto jurídico fue adelantado por una persona capaz que tenía obligaciones y contó con oportunidades para retornar a prima media (expediente digital, archivo 01 fls. 222 a 248).

Por auto de 25 de marzo de 2021, el Juzgado ordenó vincular a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones

Parafiscales de la Protección Social – UGPP, que al contestar se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, su edad y las cotizaciones realizadas a Cajanal. De los demás hechos dijo que no podía pronunciarse. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas. En su defensa argumentó que el accionante efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria y sin coacción alguna. (expediente digital, archivo 01 fls. 280 a 285).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 09), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor José Luis Benavides Varón identificado con la cedula N°93,335.692, 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 Cesantías Porvenir S.A., identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 01 de septiembre de 2003, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECALRAR válidamente vinculado al aquí demandante José Luis Benavides Varón, identificado con C.C. N°93.355.692, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, desde el 23 de septiembre 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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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 del aquí demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin desconocer 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 al momento del traslado y a Colpensiones le asiste la obligación de recibir dichas sumas

CUARTO: ABSOLVER a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales-UGPP, de las pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

SÉPTIMO: si no es apelada la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado

jurisdiccional de CONSULTA toda vez que la decisión de aquí que se dio produce un efecto frente a Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que al momento del traslado brindó al accionante información adecuada, oportuna y suficiente que le permitiera conocer las implicaciones de su decisión de trasladarse.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A solicitó revocar la sentencia en tanto ordeno la devolución de los gastos de administración, y ordenó la indexación. Sostuvo que son gastos de tracto sucesivo, por lo tanto susceptibles de prescribir. Señaló que al ordenarse el traslado de rendimientos se genera una doble condena al imponer la obligación de indexar.

Colpensiones suplicó revocar la sentencia, pues el traslado de régimen pensional se efectuó conforme a las normas establecidas para la época y se materializó con la suscripción libre y voluntaria del formulario de afiliación, por tanto no es posible exigir requisitos diferentes no previstos en el ordenamiento jurídico para esa data. Señaló que la entidad no participó en el acto cuestionado, pero es la llamada a reconocer la prestación en contravía del principio de la relatividad jurídica y afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema pensional. Solicitó adicionar la decisión en el sentido de señalar que la afiliación solamente puede ser activada cuando la AFP cumpla las órdenes impuestas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o

exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de

asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con el certificado n.º 1472 d3el 25 de octubre de 2018, emitido por el Ministerio de Cultura el demandante prestó servicios al Instituto Colombiano de Cultura desde el 23 de septiembre de 1985 hasta el 301 de diciembre de 1997 y la relación presentó interrupción por 52 días (expediente digital doc 1 fl 94 a 104), migró al RAIS, el 1 de septiembre de 2003 con la suscripción de formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 01, fl. 111)

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que cotizó a la Caja de Previsión del Tolima durante 3 años. Luego en 1985 empezó a prestar servicios a Colcultura, durante 6 meses aportó al ISS. En el año 2003, al firmar contrato con la Asociación Sinfónica Nacional un asesor le dijo que iban a acabar los fondos de pensiones públicos y esta información era conocida en los medios públicos. Indicó que no recibió asesoría sobre las características del nuevo régimen. Dijo que únicamente suscribió el formulario sin presiones, pero solamente verificó los datos básicos. Admitió que luego de cumplir los 52 años empezó a preocuparse por el tema pensional y que desea retornar a prima media pues conforme a comentarios de sus compañeros apenas recibiría como mesada un salario mínimo entre tanto, en Colpensiones ascendería aproximadamente a cuatro millones de pesos.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, a los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y 5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2207-2021 y CSJ 5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por ello, la sentencia será adicionada en este punto.

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

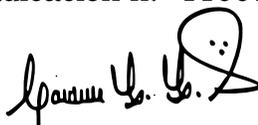
PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de septiembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia el *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

019 2019 00460 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 021 2021 00603 01
DEMANDANTE: NUBIA CELINA GONZÁLEZ GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliada a prima media. En consecuencia, ordenar a la AFP a reportar la novedad en el SIAFP y que en un termino improrrogable de 1 mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia traslade todos los saldos, bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos frutos e intereses con sus rendimientos, cuotas de administración y gastos *provisionales*, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora. Así mismo, se condene a Colpensiones a recibir los valores y actualizar la historia laboral. Finalmente, se disponga a las demandadas reconocer los

derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inicio su vida laboral el 21 de febrero de 1992, se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través de la Caja de Previsión Social de Boyacá, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en mayo de 1996. Adujo que no le informaron de manera oportuna, veraz y honesta sobre las ventajas y desventajas de cada régimen y las consecuencias del cambio. Refirió que el fondo en su afán de capturar de forma masiva afiliados al RAIS faltó a su deber profesional de analizar la situación pensional. Manifestó que no se le dio a conocer que podría regresar al RPM cuando le faltaren más de 10 años para cumplir la edad para pensionarse. Refirió que solicitó a las demandadas el traslado de régimen, tan solo Colpensiones dio respuesta (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 17).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Aceptó el número de semanas cotizadas en el sistema general de pensiones y la solicitud de traslado. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. 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. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues la afiliada tomó la decisión de vincularse de forma consciente y espontánea y se le brindó información en los términos establecidos para la época (expediente digital, documento 06 fls. 2 a 33).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Manifestó que los hechos no le constan. Formuló la excepción previa de falta de competencia por inexistencia de reclamación administrativa y como excepciones de mérito propuso la errónea e indebida aplicación del artículo 1.604 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 y las demás declarables de oficio. En su defensa, argumentó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por cuanto no cumplía con los requisitos de edad y tiempo cotizado al 1 de abril de 1994, así mismo no hizo uso del derecho de retracto, por tanto, no puede retornar a RPM como quiera que esta incurra en una prohibición legal. Arguyó que la actora no acreditó agotar la reclamación administrativa (expediente digital, documento 07 fls. 3 a 47).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia el traslado de régimen pensional efectuado por la señora Nubia Celina González Gómez al régimen de ahorro individual el 29 de abril de 1.996, con fecha de efectividad a partir de la misma fecha por intermedio de Porvenir S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

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

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, conforme a lo señalado.

QUINTO: COSTAS de esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

Costos en esta instancia a cargo de porvenir a favor de la parte demandante fijense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de de \$1.700.000 en costas frente a Colpensiones

SEXTO: CONSÚLTESE la decisión con el Superior, por ser adversa a los intereses de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al demandante información al traslado y este deber no se entiende suplido con el largo periodo de permanencia en el RAIS.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que, existe una línea jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia, que no puede aplicarse de manera homogénea a todas las peticiones de ineficacia del traslado. Señaló la demandante suscribió afiliación al RAIS de manera consciente, libre, voluntaria e informada según se desprende del interrogatorio de parte, donde además confesó haber recibido información sobre las características del sistema pensional y los requisitos para acceder a pensión. Añadió que en cabeza de la actora recaían obligaciones como mantenerse informada y actuar con mediana diligencia respecto de su futuro pensional.

De otra parte, rechazó la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta individual, mantuvieron cubierto al actor frente a las contingencias de invalidez y muerte. Aseguró que trasladar dichas sumas generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Refirió que respecto a la indexación de los valores conforme a pronunciamientos del Tribunal de Distrito judicial se estaría imponiendo una doble condena por el mismo concepto.

Colpensiones imploró revocar la decisión, pues la demandante se traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, sin presiones y de conformidad con los preceptos legales de la época. Aseguró que transcurridos 26 años resulta imposible probar las condiciones en que se dio el cambio. Refirió que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar un registro documental, ya que el consentimiento informado se entendía con la suscripción del formulario de afiliación y que no es posible exigir el lleno de requisitos legales que surgieron con posterioridad. Señaló que con la declaratoria de ineficacia se atenta contra la sostenibilidad del sistema pensional. Solicitó que en caso de no acogerse los argumentos antes expuestos se condicione el cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP reintegre la totalidad de los aportes, las cuotas abonadas al fondo de

garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de los bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración. Solicitó no ser condenada en costas al ser un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con el certificado CETIL del 11 de febrero de 2021 la actora prestó servicios a la Industria Licorera de Boyacá desde el 21 de febrero de 1992 hasta el 31 de diciembre de 1995 (Documento 01 fls. 24 a 27), migró al RAIS administrado por Porvenir el 29 de abril de 1996, (expediente digital, archivo 06 fl. 70).

HAGO CONSTAR QUE REALIZÓ DE FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DE RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS

Al absolver interrogatorio de parte la demandante relató que para la época del traslado en el año 1996 ingresó a trabajar al “*Banco AV Villas*” allí le exigieron que debía estar afiliada al sistema general de seguridad social. Indicó que en su lugar de trabajo había un asesor de la AFP Porvenir S.A. quien le dijo que por ser Porvenir S.A. parte del grupo Aval debía ingresar a esta AFP. A más le aseguró que los fondos privados

habían sido creados porque el ISS se iba a liquidar y tan solo los fondos privados subsistirían y aquí podría pensionarse anticipadamente. Admitió que para la época del traslado ya era profesional en derecho y conocía los requisitos para pensionarse en el RPM. Relató que, en 2021, se acercó a las oficinas de la AFP para obtener la devolución de los aportes y le informaron que era inviable porque para la fecha se encontraba laborando.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la Porvenir S.A. deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), tal como dispuso el Juzgado.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Vale indicar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir a la demandante y actualizar la historia laboral con los aportes provenientes de la AFP. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Colpensiones a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de septiembre de 2022, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de 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 pensión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin costas en la consulta y en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



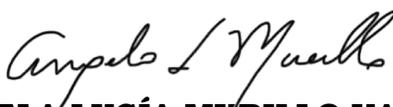
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2021 00246 01
DEMANDANTE: JACQUELINE CAMPOS BAQUERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIRS.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandas Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad*» o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. el 9 de noviembre de 1998 y válidamente afiliada a prima media sin solución de continuidad. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones los aportes, junto con los intereses y/o rendimientos generados en la cuenta individual. Se disponga a Porvenir S.A. a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de noviembre de 1964, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 4 de diciembre de 1991, allí cotizó 338 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual

con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. el 11 de noviembre de 1998. Prestó servicios en el sector público durante 97.86 semanas al 1 de abril de 1994. Adujó que el asesor del fondo le prometió una mesada superior o la devolución el capital, pero no le ilustró sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, al igual que las consecuencias del cambio de régimen, tampoco le informó sobre el límite para retornar a prima media. Adujo que la mesada pensional que le ofrece la AFP es igual a un mínimo, que resulta inferior al capital requerido para cubrir sus necesidades básicas. Finalmente, relató que Porvenir S.A. y Colpensiones negaron la solicitud de cambio de régimen (expediente digital, archivo 01, fls. 4 a 25).

Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. Admitió la data de nacimiento, la solicitud de retorno a RPM y su respuesta negativa. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Formuló como excepciones la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen, 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 constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 del 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe dejó el pensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues suscribió de manera voluntaria, consiente y sin presiones el formulario correspondiente. Además, no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal para retornar a RPM en razón de la edad y las semanas cotizadas, con todo no contaba con una expectativa legítima que obligue su permanencia en prima media (expediente digital, archivo 04 fls. 5 a 36).

La AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de natalicio de la actora, la petición de anulación de afiliación y la respuesta negativa. 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. Para enervar las pretensiones, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues cumplió con la obligación de brindar información en los términos establecidos para la fecha del traslado y la demandante persona capaz, suscribió de manera voluntaria el formulario, previa asesoría completa y comprensible (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de agosto de 2022 (expediente digital, archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo de la señora Jacqueline Campos Baquero al régimen de ahorro individual a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir efectuada el 09 de noviembre de 1998 efectiva a partir el 01 de enero de 1999, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora Jacqueline Campos Baquero 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 Cesantías Porvenir S.A, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación de la demandante señora Jacqueline Campos Baquero como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil., es decir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargos a sus propias utilidades.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a recibir a la señora Jacqueline Campos Baquero, como su afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba los dineros que deba trasladadas de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir 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 que no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia, remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones de conformidad con lo expuesto el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales a fin de que se le diera a conocer con absoluta claridad las particularidades de cada uno que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. solicitó revocar de la sentencia, al argumentar que no existen razones fácticas y jurídicas que conduzcan a declarar la ineficacia del acto jurídico, ya que la actora tomó la decisión de trasladarse de manera consiente, espontánea y sin presiones y el fondo privado cumplió con los requisitos legales vigentes para la época, pues le informó sobre las características del RAIS y la voluntad de cambio se materializó con la suscripción del formulario. Refirió que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración y rendimientos estos que ascienden a \$177.869.574, que no se hubieren producido en prima media. Alegó que la sentencia desconoce la figura de las restituciones mutuas y olvida que la AFP administró la cuenta y debe ser retribuida su gestión. Señaló que ordenar la devolución de los conceptos debidamente indexados es una condena muy *“fuerte”*. Solicitó se mantenga la decisión de primera instancia de no condenarse en costas.

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que es tercero ajeno al acto declarado nulo, por ello no está llamado a sumir las consecuencias negativas de la decisión. Precisó que la sentencia atenta contra el equilibrio financiero del sistema, porque se afectaría la reserva pensional. Adujo que el actor está incurso en una prohibición legal de cambiar de régimen. Señaló que conforme al precedente jurisprudencial hay lugar a la devolución de la totalidad de los recursos que integran la cuenta individual de ahorro, como lo abonado al fondo de garantía de pensión mínima, anulación de bonos pensionales, rendimientos,

porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración en caso de que se determine el retorno de la actora y con ello resarcir el daño efectuado por la AFP a mi representada, aplicándose la teoría del daño en materia civil. Solicitó condenar a la AFP que incumplió el deber de información a pagar los perjuicios económicos que genera el retorno al RPM en virtud de la teoría del daño.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el

asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de enero de 1996 (expediente digital, archivo 04 fl. 178 a 183), migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 9 de noviembre de 1998, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 06 fl. 34), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZÓ DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. ASÍ COMO LA SELECCIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARÓ QUE TODOS LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado estaba vinculada al centro de salud “*Sierra Morena*”, ubicado en la localidad de Ciudad Bolívar, allí se presentó en varias ocasiones un asesor que la abordó y le indicó que debía retirarse del ISS

por su inminente cierre y que de no hacerlo podría perder los ahorros que tenía consignados hasta la fecha, entre tanto, al trasladarse RAIS no enfrentaría este riesgo, podría hacer aportes adicionales con el fin de pensionarse anticipadamente o retirar su ahorro, también le dijo que sus hijos podían heredar la prestación y que tendía una cuenta de ahorro individual. Admitió recibir los extractos, pero explicó que no entendió su contenido. Aceptó que su interés de retorno es el valor de la mesada pensional, toda vez que en el RAIS sería de un salario mínimo mientras que el RPM ascendería a \$2.800.000.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable

frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con

anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia de la decisión proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de agosto de 2022, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. que, al momento de cumplir la orden, discrimine todos los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



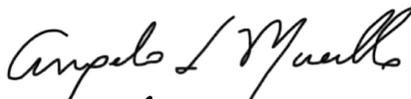
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

024 2021 00246 01



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00324 01.
DEMANDANTE: ROBERTO VERA RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Estudia la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y la demandada Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se se condene a la demandada a reconocerle y pagarle retroactivo de la pensión de vejez causado a partir del 25 de noviembre de 2013, data en que reunió los requisitos para acceder a la prestación en el régimen de ahorro individual con solidaridad y hasta el 30 de agosto de 2015, junto con los intereses moratorios a partir del 26 de marzo de 2014 y hasta que se verifique el pago. Así mismo, a pagar los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de noviembre de 1951. Se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS el 14 de mayo de 1999. El 25 de noviembre de 2013, acreditó los requisitos para acceder a la pensión de garantía mínima, la que solicitó el 17 de diciembre de 2013. La AFP le concedió la prestación a

partir del 18 de septiembre de 2015, en cuantía inicial de \$973.815. Adujo que la administradora del fondo negó el retroactivo de forma reiterativa indicándole que la causación de la pensión se dio solo hasta el 2015. Expuso que solicitó al Ministerio de Hacienda información sobre las actuaciones adelantadas por el fondo tendientes a redimir el bono pensional, el cual informó que la redención normal del bono pensional debió ser el 25 de noviembre de 2013 y que la AFP Porvenir solicitó la emisión y redención solo hasta el 24 de julio de 2015 (expediente digital documento)

Porvenir S.A. se opuso a las súplicas. Admitió la data de nacimiento del accionante, la edad actual y la solicitud de garantía de pensión mínima de los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario con la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos pensionales. Y las de mérito de inexistencia de la obligación de pagar el retroactivo pensional, cobro de lo no debido, incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación, prescripción buena fe, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la obligación de la AFP es de medio y no resultado, que la Oficina de Bonos Pensionales es la encargada de emitir y redimir todos los bonos a cargo de la Nación y cualquier demora le es imputable a la misma. Señaló que en el RAIS la pensión se financia con el capital en cuenta individual, los rendimientos y el bono cuando a él haya lugar (expediente digital carpeta 01).

Por auto del 27 de enero de 2020, se ordenó integrar la *litis* con la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público (expediente digital fl 109), que al contestar se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió que el accionante elevó una petición y la respuesta que le dio. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que fecha de redención normal del bono pensional del actor estaba prevista para el 25 de noviembre de 2013. La primera liquidación provisional del bono pensional del demandante ingresada por la AFP correspondió al 22 de julio de 2015 y el título pensional fue emitido y

redimido el 24 de julio de la misma anualidad. Fue enfática en señalar que la AFP nunca solicitó el reconocimiento de la garantía de pensión mínima en favor del actor (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de noviembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a reconocer y pagar al señor Roberto Vera Rodríguez identificado con CC 10.160.187, el retroactivo pensional causado desde el 12 de mayo de 2014 hasta el 30 de agosto de 2015, de conformidad con la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994. El retroactivo que se cause por las mesadas adeudadas deberá ser indexado a la fecha efectiva de pago.

SEGUNDO: AUTORIZAR a la AFP Porvenir a realizar los descuentos por aportes al sistema de seguridad social en salud.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Hacienda.

SEXTO: COSTAS. en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, y a favor del demandante. Fijese la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de las accionadas.

Básicamente, señaló que la AFP incumplió sus obligaciones particulares, no fue diligente en la consecución del bono pensional, por tanto, está obligada a reconocer de su propio patrimonio, una pensión provisional debidamente indexada efectiva a partir del cuarto mes de solicitada la prestación, de la cual se deberán descontar los aportes al sistema de seguridad social en salud.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes el demandante y la AFP Porvenir S.A. apelaron lo resuelto.

El demandante argumentó que la demandada debe ser condenada a pagar intereses moratorios, pues la AFP se tomó dos años para solicitar la liquidación provisional del bono pensional, pese a que la ley le impone la

obligación de tener actualizada la historia laboral del afiliado. Expuso que si bien no existe norma taxativa por analogía debe aplicarse el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por la demora injustificada en la solicitud de liquidación del título valor. De otro lado, sostuvo que las costas procesales impuestas no se acompañan con el desgaste procesal y la angustia y desgaste económico que ha sufrido el demandante, por tanto debe aplicarse el preámbulo de la Constitución Política.

La AFP Porvenir S.A sostuvo que la emisión del bono pensional requiere que se surtan unos pasos dentro de ellos, que el demandante la autorice con la firma de la historia laboral, prueba que no reposa en el proceso. Indicó que para la fecha en que el actor solicitó el reconocimiento de la pensión no contaba con el capital necesario para su reconocimiento. Señaló que es improcedente la condena por concepto de intereses moratorios, pues no existe norma que respalde este pedimento. Dijo que al actor se le reconoció pensión en modalidad de retiro programado razón por la cual tampoco puede ordenarse el reconocimiento de retroactivo alguno.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez desde noviembre de 2009.

Pues bien, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la ley 100 de 1993 *“Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar”*

De otro lado, el artículo 115 de la Ley 100 de 1993, establece que los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los

afiliados al Sistema General de Pensiones. No obstante, para que este título valor cumpla tal fin debe surtirse un trámite, como lo explica la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación No. 43152 del 3 de octubre de 2018, en los siguientes términos. SL3127-2022, SL1329-2022, SL2686-2021

Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación se describirán brevemente cada una de ellas:

- a) *Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la OBP. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la OBP.*
- b) *Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.*
- c) *Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, cálculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional **se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada. (negrilla y subraya fuera del texto)***
- d) ***Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7º del Decreto 3798 de 2003.** Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional. (Negrilla fuera del texto)*
- e) *Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.*
- f) *La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.*
- g) *Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.*

2 De la historia laboral y las certificaciones válidas para liquidar los bonos pensionales:

En este orden de ideas se tiene que dentro del trámite para la expedición de bonos pensionales Tipo A se ha de cumplir con la conformación de la historia laboral del afiliado, puesto que, para la liquidación y emisión del bono, se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o caja, fondo o entidad que deba dar certificación, según el caso, de forma oportuna. O aquella certificada a tiempo que no haya sido negada por alguno de estos, art. 52 del D. 1748 de 1995, modificado por los artículos 14 del Decreto 1474 de 1997 y 22 del D. 1513 de 1998.

Conforme al citado artículo 52, una vez el beneficiario eleva ante la AFP una solicitud de trámite de bono pensional, esa entidad debe establecer la historia laboral del afiliado con base i) en la información que este le haya suministrado y los archivos que la entidad posea y, ii) en toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono y que sea confirmada, modificada o negada por quienes hayan sido empleadores del afiliado, o por las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado. Realizado lo anterior, la AFP trasladará dicha información al emisor para que este dé inicio al proceso de liquidación provisional del bono.

En la sentencia la Corte además señaló que la conformación de la historia laboral con el fin de expedir el bono pensional no está a cargo exclusivo de la AFP, si no que se trata de un proceso complejo ejecutado y coordinado por esta, pero en el también interviene el afiliado, las entidades donde estuvo afiliado y los empleadores, según el caso. Así el aspirante a la pensión no puede omitir adelantarlo, puesto que la conformación de la historia laboral se justifica para reunir, de manera eficiente, cierta y efectiva, los medios económicos que permiten capitalizar las prestaciones pensionales, garantizando así el principio de sostenibilidad financiera de los recursos y procurar la eficiencia, la solidaridad y la universalidad en la protección de las personas frente a las contingencias que el sistema de seguridad social ampara (arts. 48 de la Constitución y 2 de la Ley 100 de 1993).

Indica el Órgano de cierre que quienes intervienen en la conformación del título valor *«deben procurar la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que la emisión y redención de los bonos pensionales se materialice en forma adecuada, oportuna y suficiente, a partir de una articulación de políticas, instituciones, regímenes y procedimientos que permitan, cuando a ello haya lugar, recaudar aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones»*

De otra parte, aunque la emisión del título pensional se puede tornar en un obstáculo para que el afiliado comience a disfrutar la pensión, la solución a esta situación «*no es ordenar automáticamente, a la administradora el reconocimiento de la pensión, sin que se haya comprobado previamente el cumplimiento del requisito financiero que da derecho a percibir la prestación, porque, de aceptarse esto, se atentaría contra el mandato consagrado en el artículo 48 de la Constitución*» (CSJ SL4305-2018).

Ahora bien, por vía de excepción existe normativamente la posibilidad de establecer en cabeza de una administradora del R.A.I.S., la obligación, de manera temporal, de asumir el pago de la pensión con cargo a sus propios recursos, en virtud del artículo 21 del Decreto 656 de 1994 que, además de indicar la naturaleza jurídica de estas entidades, estatuyó, entre otros, su régimen de responsabilidad, partiendo de que si bien, son entidades de naturaleza privada, las mismas están en todo caso prestando el servicio público de la seguridad social que comporta la garantía de derechos mínimos, en el caso de los trabajadores afiliados al sistema pensional (CSJ SL3127-2022 y CSJ SL2512-2021).

Al amparo de estos derroteros, al validar los supuestos fácticos del asunto puesto a su consideración el Tribunal encuentra que *i)* el demandante nació el 25 de noviembre de 1951, *ii)* es titular de un bono pensional Tipo A Modalidad 2, cuya fecha de redención normal fue el 25 de noviembre de 2013 y en el cual participó como emisor y único contribuyente la Nación. *iii)* El actor reclamó la pensión de vejez el 17 de diciembre de 2013, *iv)* La AFP Porvenir S.A solicitó a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público la emisión y redención del bono el 24 de julio de 2015 y esta procedió de conformidad mediante Resolución n.º 14370 del 20 de agosto de 2015 *v)* La administradora reconoció pensión de vejez a partir de octubre de 2015 en cuantía inicial de \$978.299 (expediente digital fls. 22 a 36).

Ahora de conformidad con comunicación adiada del 3 de julio de 2015, Porvenir S.A solicitó al accionante presentarse dentro de los 3 días siguientes para la *revisión y firma de la autorización de la emisión en caso*

tal que Usted manifieste conformidad con la información laboral con lo cual iniciaremos las gestiones correspondientes para que el emisor del bono pensional, proceda con el reconocimiento (expediente digital fl 106).

Revisado el expediente digital en su extensión la Sala no haya elemento probatorio con el cual se pueda determinar la fecha en que el accionante aceptó el contenido de la historia laboral y la firmó en señal de aceptación. En este caso no puede olvidarse que conforme lo dispone el artículo 2.2.16.7, del decreto 1833 de 2016, los beneficiarios de los bonos Tipo A deben manifestar por escrito su aceptación al valor de las liquidaciones provisionales realizadas con base en la historia laboral, de manera previa a su emisión.

Empero, es claro que aunque la redención normal del bono pensional estaba prevista para el 25 de noviembre de 2013 y el actor solicitó en la misma anualidad el reconocimiento y pago de la pensión y expuso una serie de inconformidades frente a la historia laboral (fl 105 expediente digital), la AFP, no demostró haber adelantado gestiones correspondientes a la corrección del historial de vinculaciones y cotizaciones, con los empleadores o la oficina de bonos pensionales, tampoco probó que una vez configurada la historia laboral correctamente la puso en consideración del demandante y este se abstuvo de firmarla. Lo que si aparece probado según informó el Ministerio de Hacienda es que la liquidación con la cual se obtuvo la emisión y redención del título valor solamente fue tramitada hasta el 2015.

Importa destacar que la AFP no cumplió con la carga de demostrar con las proyecciones correspondientes que para el 2013, cuando fue solicitada la pensión, el capital no era suficiente y se hacía necesario que el demandante continuara cotizando, situación que en todo caso no se configuró, pues de conformidad con el reporte del fondo no se hicieron cotizaciones a la cuenta individual más allá del año 2012 (fls. 80 a 100).

Bajo este panorama, es claro que la AFP incumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la

Seguridad Social, pues pese a que alega que para la fecha de redención normal del bono pensional el actor no contaba con capital para financiar la prestación, no lo demostró, tampoco probó haber obrado de manera diligente en la reconstrucción de la historia laboral y haber puesto en consideración del actor la liquidación provisional, tampoco haber gestionado de manera oportuna la emisión y redención del título pensional, por lo que resulta forzoso confirmar la sentencia de primera instancia, que condenó a la demanda a pagar pensión en los términos previstos en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994.

Estima la Sala que en el presente asunto no es posible condenar a la demandada a cancelar intereses moratorios, como quiera que la entidad debe asumir de su propio pecunio el pago del retroactivo ordenado y ello implicaría una doble sanción.

Por último, de conformidad con los numerales 4 a 6 del artículo 366 del Código General del Proceso, la liquidación de costas una vez elaborada por el secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de agencias en derecho que hiciera el *A quo*, por lo que la Sala se releva de dicho estudio

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



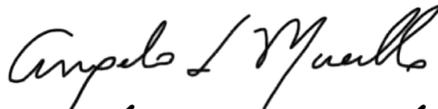
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 028 2019 00870 01
DEMANDANTE: OLGA LUCÍA CASTILLO GAVILÁN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Skandia S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de septiembre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare ineficaz el traslado del régimen del prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) realizado en mayo de 1984. En consecuencia, se condene a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses conforme el artículo 1746 del Código Civil, con los rendimientos que se hubieren causado. Así mismo a esta última a aceptar los recursos. Por ultimo se disponga a las demandadas pagar las costas del proceso. Subsidiariamente, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro

individual con solidaridad (RAIS) realizado en mayo de 1984 y las demás pretensiones principales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de marzo de 1964. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales en mayo de 1984 y cotizó 541,57 semanas. En mayo de 2005 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que no le informaron las características de cada régimen ni las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas que conllevaría el traslado. Indicó que el formulario que suscribió para la afiliación al RAIS era preforma que no le permitía determinar cuál sería el monto de su mesada pensional. Adujó que no se le informaron los requisitos pensionales exigidos por la Ley 100 de 1993 o la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez. Señaló que en abril de 2015, se trasladó horizontalmente a Old Mutual hoy Skandia S.A. (expediente digital, archivo 03 fls. 1 a 9).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de natalicio de la actora, la afiliación al RPM, las semanas cotizadas, el traslado de régimen y el cambio horizontal a la AFP Porvenir S.A. Manifestó que no le constan los restantes hechos. Formuló como excepción especial que denominó protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero y como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, 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, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, sostuvo que todas sus actuaciones han estado precedidas de buena fe. La actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y lo hizo de manera libre y espontánea. Señaló que ha operado el fenómeno e la prescripción (expediente digital, archivo 16 fls. 1 a 14).

La AFP Skandia S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a esa administradora. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y las declarables de

oficio. En defensa de sus intereses, sostuvo que la afiliación de la actora se realizó de acuerdo con la normatividad vigente, se le brindó información cierta, suficiente y oportuna por tanto tuvo pleno conocimiento de las condiciones de permanencia y beneficios del régimen de ahorro individual (expediente digital, archivo 18 fls. 1 a 9).

La AFP Porvenir S.A. rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las declarables de oficio. Alegó que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues el formulario fue suscrito voluntariamente por persona plenamente capaz. Sostuvo que no son alegadas, menos acreditadas circunstancias en las que hubiere incurrido la AFP que vulneraran el derecho a la libre escogencia e régimen (expediente digital, archivo 22 fls. 1 a 27).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió únicamente la data de natalicio de la accionante. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, *«reconocimiento de restitución mutua en a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, traslados de totalidad de los aportes a Porvenir y las demás declarables oficiosamente. Expuso que ha actuado de buena fe y acatando la ley, por tanto, los afiliados se han vinculado de forma libre y han materializado su voluntad con la suscripción del formulario, sin que se haya configurado vicio del consentimiento alguno, pues se le proporcionó la información necesaria para la toma de la decisión (expediente digital, archivo 26 fls. 1 a 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de septiembre de 2022 (expediente digital, archivo 31), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Olga Lucía Castillo Gavilán al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1 de marzo de 2004, por intermedio de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING hoy Protección S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy en día por Colpensiones, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Skandia S.A., para que traslade los aportes 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 de la señora Olga Lucía Castillo Gavilán quien se identificada con cédula de ciudadanía 51.722.413 a Colpensiones.

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

CUARTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos que fueron propuestos por el extremo demandado.

QUINTO: las COSTAS de esta instancia a cargo de las administradoras demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, consúltese con el superior, en cuanto resultado adversa a los intereses de la demandada Colpensiones.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP ING, hoy Protección no acreditó haber suministrado una información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión en su deber de información, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Skandia S.A. y Colpensiones apelaron lo resuelto.

La AFP Skandia S.A., solicitó revocar de la sentencia, arguyó que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal y con el pago de los seguros correspondientes estuvo

cubierta para los riesgos de invalidez y muerte, pagos estos que fueron realizados a terceros. Indicó además que con esta devolución se desconocería la figura de las restituciones mutuas y vulnerarían los principios de confianza legítima y buena, pues la AFP adelantó una gestión de administración generó rendimientos a la cuenta individual de la actora.

Colpensiones imploró revocar la decisión, al argumentar que la demandante como consumidor financiero tenía a cargo unos deberes no obstante guardó silencio, no prestó adecuada atención y previsión sobre las implicaciones del negocio jurídico. Alegó que no es dable exigir a las AFP acreditar requisitos distintos a los establecidos para la época y que solamente fueron introducidos en el ordenamiento con posterioridad y como desarrollo jurisprudencial de Corte Suprema de Justicia. Manifestó que su representada al no fungir en ninguno de los extremos del negocio jurídico celebrado no puede asumir la carga prestacional de la actora, pues con ello se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional 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 leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la

firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con el reporte de semanas emitido por Colpensiones la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 5 de enero de 1984 (expediente digita, archivo 03 fl. 37 a 42), migró al RAIS, a través de Santander hoy Protección S.A. el 16 de enero de 2004, mediante la

suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 26, fl. 25). Posteriormente, se trasladó horizontalmente a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el 17 de marzo de 2005 (expediente digital, archivo 22 fl. 29), y a partir del 11 de febrero de 2015 y adelante se vinculó a Old Mutual hoy Skandia S.A. (expediente digital, documento 18, fl. 12)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que para la época del traslado estaba vinculada a la Universidad Manuela Beltrán como docente universitaria, a su lugar de trabajo llegó un asesor del fondo Santander quien en el cambio de clases le dijo que el ISS se iba acabar y que no podría posteriormente trasladarse, entre tanto en el RAIS podría pensionarse de manera anticipada, por eso suscribió el formulario. Indicó que sus traslados horizontales se dieron porque los asesores ofrecieron mejores condiciones que los otros fondos. Adujó que se ha sentido engañada, por no haber recibido una información real. Afirmó no tener un conocimiento amplio en el tema.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Santander, hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas

no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que Santander hoy Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Skandia, hoy Old Mutual S.A. a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de septiembre de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR a la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



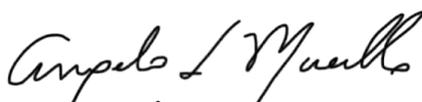
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto