República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MERY SUSANA TOBAR PEÑA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 003 2022 00058 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de abril de 2023.

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

COLPENSIONES., manifestó que la demandante es a quien le corresponde probar en debida forma que efectivamente se presentó alguno de los vicios en el consentimiento estipulado en el artículo 1508 del Código Civil, esto es error, fuerza o dolo; sin que pueda pasarse por algo que todo ciudadano al afiliarse a las APF tiene la posibilidad de ejercer el retracto.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni resultaron demostrados en el proceso, toda vez que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se

presume según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 del CPT.

COLFONDOS S.A., señaló que el fondo suministró a la demandante toda la información requerida; por lo que la interesada tuvo oportunidad de estudios y conocer las normas legales relacionadas con la seguridad social en pensiones, las cuales son de acceso público.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Colfondos S.A trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez, muerte, gastos de administración, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 29 de junio de 1967; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 31 de diciembre de 1998, cotizando un total de 171,86 semanas; que se trasladó a Porvenir S.A., el mes de abril de 1999; que posteriormente se trasladó a Colfondos S.A; sin que dichos fondos privados le hubieran brindado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2,4,23,48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 1,2, 11,13,15,31,33,34 y 114 de la Ley 100 de 1993, el Código Sustantivo del Trabajo; lo artículos 1502, 1503,1508 y 1515 del Código Civil, la Ley 33de 1989, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994, el Decreto 692 de 1994, el Acto Legislativo 01 de 2005, la Ley 1328 de 2009 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 46292 de 2017, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación realizada por parte de la demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de la decisión de traslado de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no se evidencia que existiere por parte de las AFP Porvenir y Colfondos engaño alguno o acto que evidencia motivo para se declare el traslado del actor. Propuso entre otras las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera de ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de abril de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de MERY SUSANA TOBAR PEÑA DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD realizado el 1 de abril de 1999 así como el posterior traslado horizontal que se realizó al COLFONDOS el 1 de octubre de 2007, para entender válidamente vinculada a la demandante en el Régimen de Prima Media con*

Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del Demandante MERY SUSANA TOBAR PEÑA DANO por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos con todos los rendimientos que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera deberá devolver los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia de la demandante por concepto de gastos de administración, de primas de seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES todos los valores que descuento durante la permanencia de la demanda por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR A LA DEMANDADA COLPENSIONES a que acepte el y recibir los dineros provenientes de PORVENIR S. A. y COLFONDOS S.A., para que proceda a activar la afiliación de la actora como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS PARA CADA UNA DE LAS DEMANDADAS ($1.500.000) PESOS MCTE.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del C.P.T. y SS.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en lo referente a la condena en costas, en virtud de que si bien la entidad dio una respuesta negativa de recibir en el RPM a la demandante fue únicamente por una prohibición legal, la cual estaba contenida en la ley 797 de 2003, esto es, a lo referido a la proximidad de alcanzar la edad de pensión como requisito para obtener una eventual pensión de vejez; precisó que se logró constatar que no fue obligada a trasladarse de régimen por lo contrario permaneció en el RAIS sin presentar ningún tipo de inconformidad, en consecuencia solicitó se revoque la sentencia de instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que*

> *«en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de abril de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN CARLOS GOMEZ ZAPATA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONE y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 003 2022 00172 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de mayo de 2023.

En esta instancia los apoderados de Colpensiones y la parte demandante presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos. Sustentó sus pretensiones, en que nació 20 de mayo de 1961; que en el año 1979 cotizó al Instituto de los Seguros Sociales; que para el año 1998 se trasladó a Protección S.A., sin que dicho fondo privado lo hubiera

suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13 y 48 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993; la Ley 797 de 2033; el Decreto 3995 de 2008, el Decreto 1161 de 1994, el Decreto 692 de 1994; el Decreto 663 de 1993, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral 33083 de 2011, 31989 y31314 de 2008, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación suscrita entre el demandante y la AFP no se evidencia que se haya suscrito con engaño alguno o acto para declarar el traslado como nulo o ineficaz. Propuso entre otras las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de una presunta nulidad, solicitud de traslado de dineros de gastos de administración, prescripción, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual, de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la demandante con la AFP es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de mayo de 2023, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado realizado por JUAN CARLOS GOMEZ ZAPATA el 14 de octubre de 1998 DEL RÉGIMEN DE*

PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVICUAL CON SOLIDARIDAD, así como los traslados horizontales que se dieron como consecuencia de las operaciones comerciales de sesión por fusión a ING 1 de abril de 2000 y de ING a PROTECCION el 31 de diciembre de2012, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO: CONDENAR a la PROTECCION S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del Demandante JUAN CARLOS GOMEZ ZAPATA por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder. De igual manera deberá devolver los descuentos que hubiese realizado durante el tiempo de permanencia del demandante por concepto de gastos de administración, de primas de seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros provenientes de PROTECCION S. A., para que proceda a activar la afiliación del accionante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas la suma de un MILLONES DE PESOS ($1.800.000.oo), PESOS MCTE para cada una de ellas.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del C.P.T. y SS..”

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena hoy Protección S.A., el 14 de octubre de 1998.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

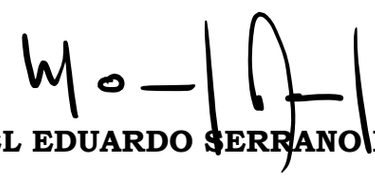
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JESUS ARMANADO CHAVEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 005 2021 00446 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de junio de 2023.

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

COLPENSIONES., manifestó que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la que trata el articulo 2 de la Ley 797 de 2003, que modifico el literal E del articulo 13 de la Ley 100 de 1993; resaltó que de conformidad con el expediente como de las actuaciones rendidas en estrado que el actor tramitó su traslado de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación con la AFP sin adolecer de vicio alguno su consentimiento.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que la afiliación

del demandante con la AFP reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones el monto total de dinero recibido como consecuencia de la afiliación incluyendo aportes (obligatorios y voluntarios), bonos pensionales, rendimientos sin lugar a deducir ningún valor por concepto de gastos de administración, valores destinados al fondo de garantías de pensión mínima o por cualquier otro concepto.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 28 de febrero de 1958; que se afilió el 17 de octubre de 1990 hasta el 28 de febrero de 1999 al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales-ISS; que el 15 de febrero de 1999 suscribió formulario de afiliación y traslado con Porvenir S.A., sin que el fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria, cierta, comprensible, clara, completa, oportuna, imparcial para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el articulo 97 del Decreto 663 de 1993, la Ley 1328 de 2009, el articulo 2 del Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 1452 de 2019, 19447 de 2017, 33083 de 2011, 12136 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y

voluntaria de trasladarse de régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de responsabilidad de la AFP, responsabilidad Sui Generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamando, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de junio de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por el señor JESÚS ARMANDO CHÁVEZ, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*
>
> *SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.*
>
> *TERCERO: COSTAS a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.*
>
> *CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES."*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde la

sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado 31989 hasta los más recientes SL 1421, 1688,1689,3464 de 2019, SL 4806 de 2020, SL5686 de 2021, SL 756 de 2022, hay lugar de que se declare la ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la Entidad no es responsable de la decisión libre y voluntaria de los afiliados de trasladarse de régimen pensional en su momento; en virtud de que se han trasladado a Colpensiones los dineros ahorrados por el demandante junto con sus rendimientos se sigue causando un detrimento al sistema público de pensiones; en consecuencia de ello solicitó se revoque la sentencia de instancia; en primer lugar al no compartir la no aplicación de la prohibición legal de la cual se encuentra inmerso el actor; así como también que en el momento del traslado en demandante tenía conocimiento de que la pensión fluctuaría respecto al comportamiento del mercado; resaltó que debe tenerse en cuenta que con la decisión de declaratoria de ineficacia se está generando una responsabilidad al fondo de pensionar a los afiliados que no cumplieron con el requisito de solidaridad que reina el RPM.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar*

por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 15 de febrero de 1999.

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los*

gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando el numeral segundo de la decisión de instancia para ordenar el traslado por parte de Porvenir S.A., de los gastos de administración y seguros previsionales con cargo a sus propias utilizades a ordenes de Colpensiones durante el tiempo en que el demandante permaneció afiliado en dicho fondo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de junio de 2023, en el sentido de **ORDENAR** a Porvenir S.A., a trasladar a favor de Colpensiones los gastos de administración y seguros previsionales descontados con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo en que el demandante permaneció afiliado en dicho fondo.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HENRY ABELLO TRUJILLO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 008 2021 00506 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de mayo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado de la parte demandante, que solicitó confirmar la sentencia de instancia, al considerar que no se legro acreditar que al actor se le brindo una asesoría clara, idónea y oportuna, cono lo establece la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pues son las AFP quienes tiene el deber legal de proporcionar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la

AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, con los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que a partir del 1 de octubre de 1982 hasta el 30 de abril de 2004, estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales; acumulando un total de 880 semanas; que para el mes de junio de 2004, cuando se encontraba laborando en Invercadenas S.A., se trasladó a Protección S.A., sin que dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política; los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603 del Código Civil, la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994, el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 33083 de 2011, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que efectuó el demandante es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación, traslado de aportes y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante del RPM al RAIS se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993.

Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y titulo para pedir.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de mayo de 2023, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor HENRY ABELLO TRUJILLO realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 06 de abril de 2004, mediante su afiliación a PROTECCION, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor HENRY ABELLO TRUJILLO, conforme a lo señalado.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCION, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor HENRYABELLO TRUJILLO, 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, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCION 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 parte demandada PROTECCION liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de $1.160.000 de pesos.*
>
> *SEXTO: Como quiera que la presente 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 fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, de igual manera la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como, SL 123 de 2014, SL 9804 de 2015 mencionan que las AFP tienen la obligación del deber de información y buen consejo, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes

pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información. Así las cosas, se puede entender que la falta de información de las AFP eventualmente se puede constituir como un atentado en contra de los derechos del trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no le asiste derecho al demandante que se declare la ineficacia del traslado realizado en el año 2004, cuando por voluntad propia decide trasladarse a Protección para que dicha AFP administrara sus cotizaciones esto de conformidad con el articulo 13 de la Ley 100 de 1993; resaltó que el traslado se realizó conforme a las reglas establecidas para la data en que se suscribió el formulario de afiliación, si bien es cierto se ordena el traslado de todos los emolumentos de la cuenta ahorro individual, ello no compensa el grave impacto en la sostenibilidad financiera del sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan

atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía,*

en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 6 de abril de 2004.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **JOSE ALBERTO DAZA** CONTRA **IMPORTADORA CELESTE S.A.**

RADICADO: 11001 3105 009 2019 00737 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de julio de 2021, en la que se condenó a la demandada a la reliquidación de las prestaciones sociales con ocasión de la incidencia salarial de las

bonificaciones reclamadas y al reajuste de los aportes al SGSS.

Los recursos de apelación tienen por objeto de un lado que se revoque lo relacionado con la incidencia salarial de tales bonificaciones y de otro que se modifique la condena efectuada por concepto de reajuste de cesantías siendo que a éstas no le era aplicable la prescripción y que se revoque la decisión en cuanto no accedió a las indemnizaciones moratorias, la indemnización por despido injusto y los perjuicios reclamados.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora en los que reiteró lo expuesto en el trámite de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el periodo comprendido entre el 18 de febrero de 2000 y el 9 de mayo de 2019, que la bonificación especial y bonificación sobre metas constituían factor salarial y que la relación laboral finalizó por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada en consecuencia se condenara a la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al SGSS, al pago de la sanción contemplada en la Ley 52 de 1975, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., indemnización moratoria de que trata el artículo

99 de la Ley 50 de 1990, indemnización por despido injusto, 100 SMMLV por concepto de perjuicios morales causados por el despido, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el día 18 de febrero de 2000 suscribió un contrato de trabajo a término indefinido; que el último cargo que desempeño fue el de comprador IV; que desde el mes de mayo de 2002 y hasta la finalización de la relación laboral su empleador le pago habitualmente una bonificación especial que se reconocía por el cumplimiento de objetivos comerciales; que en los meses de febrero de 2017 y febrero de 2018, se le pagó una bonificación denominada bonificación sobre metas, que constituían una retribución directa de los servicios prestados; que la demandada el 9 de mayo de 2019, le entregó una comunicación en la que le informó que se había decidido dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, no obstante, adujo que nunca cometió la conducta imputada en la carta de despido y esta no existió en realidad, además señaló que la conducta imputada no configuraba una justa causa de despido y que no hubo inmediatez, finalmente, mencionó que no se había resarcido el daño moral causado por la terminación del contrato.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Importadora Celeste S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que

no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que las bonificaciones no constituían salario conforme a lo establecido en la cláusula 13 del contrato de trabajo y lo estipulado en el artículo 128 del C.S.T., por lo que no existía razón para reliquidar los conceptos solicitados, asimismo, señaló que el contrato de trabajo finalizó por una justa causa evidente. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, buena fe, mala fe del demandante y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de julio de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

RESUELVE

PRIMERO. CONDENAR a la demandada IMPORTADORA CELESTE S.A., a reconocer y pagar a favor de JOSÉ ALBERTO DAZA, los siguientes conceptos, que deberán ser indexadas a la fecha de pago efectivo:

a. $ 1.591.549 por cesantías
b. $ 185.728 por intereses sobre las cesantías, y una suma igual por concepto de la sanción por no pago de este concepto consagrada en el art. 1 de la ley 52 de 1975.
c. $ 1.591.549 por primas de servicio.
d. $ 1.016.849 por vacaciones.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada IMPORTADORA CELESTE S.A. a pagar a favor de JOSÉ ALBERTO DAZA los aportes insolutos y el reajuste de los mismos, mediante planilla tipo J; desde el 1 de mayo de 2002 hasta el 9 de mayo de 2019, teniendo en cuenta las bases salariales y ciclos indicados en la tabla n.º 1 que se anexa a la presente providencia y que hace parte integrante de la misma.

TERCERO. DECLARAR parcialmente probada la excepción de "*PRESCRIPCIÓN*" respecto de los derechos que se hicieron exigibles con anterioridad al 18 de octubre de 2016 y probada la de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*" respecto de la indemnización moratoria, la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización por despido y los perjuicios morales, por lo considerado.

CUARTO. ABSOLVER a IMPORTADORA CELESTE S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra por JOSÉ ALBERTO DAZA, en el presente proceso.

QUINTO. COSTAS. Las costas serán a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $320.000, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del CS de la J.

*Nota: el numeral 1° de la sentencia fue adicionado en el sentido de ordenar el pago de tales sumas indexadas a la fecha de pago efectivo.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que atendiendo lo señalado en los artículos 127 y 128 del C.S.T. y lo expuesto en la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L, así como lo evidenciado en las pruebas allegadas tales como los comprobantes de nómina, el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada y los testimonios recibidos, concluyó que a pesar que existía pacto de exclusión respecto de la bonificación especial, la misma constituía una retribución del servicio prestado ya que la misma no se generaba porque la empresa de manera global obtuviera utilidades, sino por la gestión que realizaban el demandante como administrador - comprador de la unidad de negocio que estaba bajo su mando y dirección y aunque para la consecución de los objetivos se requería la labor conjunta de los colaboradores que estaban a cargo del actor, no se podía de vista que dentro de sus funciones estaba la de cumplir con las metas comerciales propuestas por la compañía y en lo que concernía a la bonificación por metas, aunque la misma fue pagada 2 veces al actor, su connotación salarial se derivaba justamente del hecho de que su reconocimiento estaba atado a que se alcanzaron unas metas en momentos específicos por parte del trabajador que estaban ligadas al desarrollo de su actividad.

En ese orden, se concluyó que debieron analizarse tales rubros para efectuar la liquidación de prestaciones sociales al actor, señalando que en forma previa a su determinación debía estudiarse la prescripción indicando que dado que el actor no presentó reclamación y la demanda se formuló el 18 de octubre de 2019, la reliquidación de las primas de servicio, intereses a las cesantías y sanción por su no pago sería procedentes con posterioridad al 18 de octubre de 2016, en lo atinente a las vacaciones como se causaban por año de servicio cumplido, serían procedentes las causadas desde el 18 de febrero de 2015 y que respecto de las cesantías si bien existía un criterio reiterado respecto a que las mismas se hacían exigibles hasta la finalización del vínculo en sentencia de radicación No. 20403 del 30 de julio de 2003, se precisó que uno era el término de prescripción de las cesantías y otro el de la prescripción de los elementos integrantes para obtener la base salarial con que se calcula la prestación, por lo que la reliquidación de las cesantías corría tal suerte y en consecuencia como los factores salariales se incluyeron en la base para calcular la base salarial estarían prescritos con anterioridad al 18 de octubre de 2016, procediendo a continuación a reliquidar las prestaciones y a ordenar el reajuste de los aportes al SGSS.

En cuanto a las indemnizaciones moratorias reclamadas señaló que no se advirtió en la conducta de la demandada una intención fraudulenta de causarle un perjuicio al trabajador, porque bien pudo entender cómo se deriva de las

testimoniales e inclusive el interrogatorio de parte del demandante y de la cláusula que fue consagrada en el contrato de trabajo que los pagos que se estaban liquidando correspondían a participación de utilidades y no retribuían de forma directa su servicio, asimismo, indicó respecto de la indemnización por despido sin justa causa que la terminación unilateral del contrato por parte de la demandada se estableció con la carta del 9 de mayo 2019, de la que se derivaba la causal establecida en el numeral 1 y 5 del artículo 58 del C.S.T. y el numeral 6 del literal b del artículo 62, en donde luego de verificar las pruebas recaudadas concluyó que si bien la venta no era atribuible al actor, lo cierto era que en la carta de terminación se hacía referencia a la documentación del proceso disciplinario y en este se constató que el trabajador violó las normas de la compañía como persona encargada del almacén sin que hubiere mediado autorización y en cuanto a la inmediatez resultó evidente que al aparecer los hallazgos fue necesario efectuar la investigación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora**, manifestó su inconformidad respecto a la absolución de las indemnizaciones moratorias pues resultaba una contradicción que se accediera a que tales pagos constituían

salario y luego no se accediera a tales indemnizaciones siendo que se trató de un pago habitual y así con independencia a este pago fuera variable ello no constituía una criterio para dudar sobre su naturaleza salarial, especialmente cuando el representante legal había reconocido que las bonificaciones se daban por el cumplimiento de objetivos comerciales, trayendo a colación varias sentencia de la C.S.J., S.C.L., sobre la procedencia de la indemnización.

Igualmente, indicó que no estaba de acuerdo con la aplicación de la prescripción efectuada respecto de las cesantías, en tanto que la jurisprudencia había sido reiterativa en cuanto a que la misma debía aplicarse desde la fecha de terminación del contrato, de modo que como la demanda se presentó dentro de los 3 años contados desde que el trabajador quedó cesante, no operaba la prescripción en la forma señalada, sino que debía liquidarse todo el tiempo.

En cuanto al despido, señaló que la carta no podía leerse conforme a lo señalado por la parte demandada, habiéndose cometido una infracción directa al parágrafo del artículo 62, en la medida que la Corte había explicado que la teleología de esa norma es garantizarle al trabajador su derecho de defensa, debiéndose tener en cuenta que en la carta de terminación del contrato acusaron al actor de haber hecho la venta al cliente de una caja que no le servía a su camioneta pero en esa carta de despido jamás se hace siquiera relación tangencial a una posible compra de un proveedor no autorizado y si se leía los antecedentes disciplinarios, la citación a descargos era por la

misma situación que alegaron en la Carta despido por haber hecho la venta y si bien en el acta de descargos quedó reflejado que de pronto se hicieron preguntas sobre otras situaciones, eso no tiene nada que ver con lo que finalmente alegó la empresa, lo que estaba demostrado con la queja del cliente escrito en el que se señala quien fue el que le recomendó, comprar la caja y el que la vendió y recomendó fue el señor Andrés Oliveros, incluso uno de los testigos fue claro en señalar que quien hizo la venta fue alguien diferente al actor y además no hubo inmediatez, también mencionó que se violó el debido proceso ya que no podía interpretarse que la diligencia de descargos no estaba diseñada para el despido señalando que si la empresa desplegó el proceso de descargos tenía que respetar las garantías que ellos mismos establecían en su reglamento.

Finalmente, en cuanto a la absolución de los perjuicios morales precisó que las reglas de la experiencia mostraban que por terminársele el con trato por un hecho inexistente luego de más de 19 años de trabajo ello causaba una aflicción extra patrimonial superior a la de cualquier otro trabajador que debe ser resarcida.

El apoderado de la demandada indicó que los pagos extra legales que recibió el demandante no retribuían un servicio personal prestado, sino que retribuían los logros que obtenía el grupo y la empresa, estos no eran habituales, se acordó que quedaban excluidos como factor salarial y tal pacto estaba

ajustado a lo que estipulaba el artículo 128 del Código sustantivo del trabajo.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la incidencia salarial de las bonificaciones canceladas al actor, en caso afirmativo, si era factible considerar la aplicación de la prescripción sobre la base salarial para la liquidación de las cesantías, así como, si en este caso resultaban procedentes la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales y por no consignación de cesantías, finalmente, si se configuraba o no justa causa de terminación del contrato y por tanto la indemnización por despido injusto.

En primer lugar debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente dentro del periodo comprendido entre el 18 de febrero de 2000 y el 8 de mayo de 2019; ii) que se desempeñó como comprador IV y iii) que al actor le fue terminado su contrato con fundamento en una justa causa.

Bonificaciones no salariales y su incidencia prestacional

Descendiendo en el análisis, se observa que el contrato de trabajo suscrito entre las partes contempla dentro su clausulado una cláusula del siguiente tenor:

> *"(…)*
>
> *DECIMA TERCERA: Las partes acuerdan que ninguno de los pagos numerados en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo (modificado ley 50 de 1990, articulo 15) tiene carácter de salario, Igualmente acuerdan que los siguientes, beneficios de conformidad con la misma norma tampoco tendrán naturaleza salarial: Bonificación especial, incentivos por diligencias, y en general todo tipo de bonificaciones y primas extralegales."*
>
> *(…)"*

Como se observa, aunque se pactó la exclusión salarial de la bonificación especial no se precisó en que consistía la misma, debiéndose en este punto recordar que nuestro órgano de cierre en diversos pronunciamientos, entre ellos, en la sentencia SL5159-2018, señaló que no era factible pactar cláusulas de exclusión globales o genéricas, pues estas constituían la excepción a la regla y por tanto debían ser claras, precisas y detalladas en los rubros que contemplaban, aspecto que evidentemente no cumple la cláusula pactada en el contrato, pues no se alude cual es la destinación de la misma.

Adicionalmente, al revisar los comprobantes de nómina allegados se evidenció que estos se aportaron por todo el tiempo de vigencia de la relación laboral y de los mismos es posible colegir que la **bonificación especial** se pagó con habitualidad salvo en pocos meses de cada año tal y como se señaló por el a quo, observándose también reconocimientos de **bonificación sobre metas** en los meses de febrero de 2017 y febrero de 2018.

De lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada y los testimonios recibidos se concluye que tales bonificaciones se generaban cuando se lograba el cumplimiento de los resultados de la unidad de negocio que estaba a cargo del administrador – comprador (bonificación especial), la cual se calculaba teniendo en cuenta la utilidad después de sacar impuestos o por el cumplimiento de las metas propuestas por la compañía (bonificación sobre metas) y si bien estas últimas podría señalarse que fueron ocasionales tales situaciones no desvirtúan que las mismas se recibieron como contraprestación del servicio.

En consecuencia y dado que es un criterio pacífico que los pagos que se reciban con la finalidad de retribuir el servicio contratado constituyen salario, al haberse pactado una cláusula genérica, no haberse acreditado la destinación de la bonificación y ser evidente además la habitualidad en el pago de los beneficios recibidos, no existen dudas que las "bonificación especial" realmente obedecía a un pago salarial, misma conclusión a la que se llega respecto de la bonificación sobre metas, pues la misma se genera por el cumplimiento de estas, razones por las cuales se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Prescripción de los factores salariales para la liquidación de las cesantías

Se reprocha por el apoderado del demandante que no debió haberse aplicado la prescripción en el reajuste de las cesantías en cuanto la jurisprudencia tiene decantado que las mismas se causan es a la terminación del contrato de trabajo, no obstante, nada se cuestionó respecto a que los factores económicos que integran la base salarial para la liquidación de cesantías sí están sometidos a prescripción trienal.

Sobre el particular, habría anotar que tratándose de factores económicos que integran la base salarial y su impacto en la liquidación de cesantías, debe considerarse que cuando el reajuste procede por la inclusión de trabajo en tiempo suplementario, o en dominicales o festivos o cuando se pagaron comisiones o bonificaciones sin incidencia salarial cuando la tenían, estas debieron haberse contabilizado en el momento en que se generó el pago independiente de la relación laboral, dado que se causan en el momento generado y por tanto los 3 años deben contarse a partir de la fecha en que debió ejecutarse el pago (salario mensual), razones por las que tales reajustes estarían sujetos a las reglas de prescripción a partir del vencimiento mensual, independientemente de la fecha de causación de las cesantías.

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Indemnización moratoria de que trata el articulo 65 del C.S.T. y del articulo 99 de la ley 50 de 1990

En lo que respecta a las indemnizaciones moratorias de la referencia, debe indicarse que nuestro máximo órgano de cierre en diversas oportunidades ha señalado que ésta no es automática, pues para su aplicación se debe analizar si la conducta desplegada por el demandado estuvo revistada o no de buena fe.

En este caso se procederá a confirmar la decisión de primera instancia, dado que es luego de la revisión del clausulado contractual y de las condiciones de reconocimiento, que se consideró que la bonificación especial se trató de un pago salarial efectuado como contraprestación de un servicio individual y colectivo por alcanzarse los resultados establecidos por el empleador para la unidad de negocio y en el caso de la bonificación por metas muy a pesar de la ocasionalidad en la que fue suministrada se le dio tal connotación, sin que se advirtiera mala fe del empleador pues entendió que tales pagos no tenían la condición de salariales por haberse efectuado la desalarización o haberse suministrado en forma esporádica, aspectos que no demuestran como se aludió por el aquo una intención de perjudicar al trabajador.

Indemnización por despido injusto

La C.S.J., S.C.L., de vieja data ha establecido que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión y que para exonerarse de la indemnización proveniente de la

terminación del contrato se debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente, se ha sostenido que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que acuerdo con la normatividad que contempla lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa y la jurisprudencia relacionada sobre el tema, prevén que esta es procedente siempre y cuando el empleador demuestre en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación y por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que tratándose de despidos la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-449 de 2020, estableció la garantía denominada -*Respeto*

debido en la relación laboral-, que consiste en el derecho que tiene el trabajador de ser escuchado antes que se decida terminar el contrato por cualquiera de las causales de terminación por justa causa, garantía que se contempló en los siguientes términos:

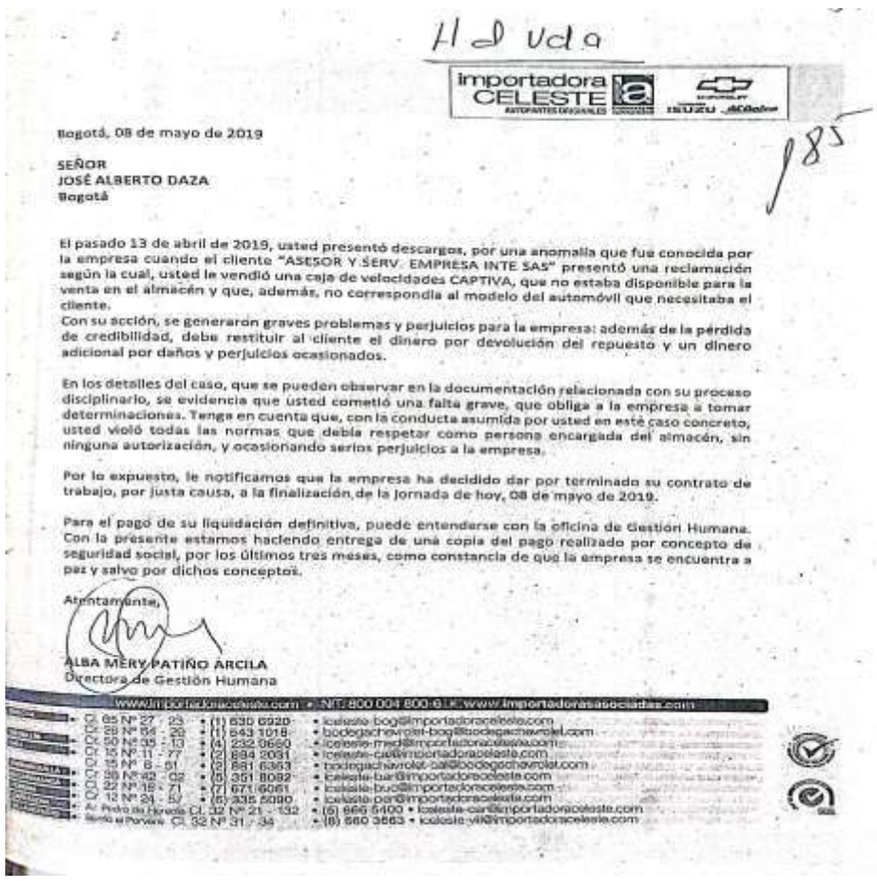
"(…)

SEXTO **-Respeto debido en la relación laboral-**	A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso.

236. ***Esta última garantía, entiende la Corte, y así se unificará en esta sentencia, se extiende para todas las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador****, como se había expuesto con anterioridad en varias sentencias de este tribunal (como se explicó supra en el numeral 204), y como lo había ampliado la Corte Suprema de Justicia para las causales contempladas en los numerales 9 a 15 del literal a), del artículo 62, del CST (sentencia SL2351 de 2020) (…)"*

Considerando los lineamientos antes indicados y toda vez que la garantía del respeto debido a la relación laboral fue cumplido tal y como dan cuenta las pruebas allegadas y practicadas en este proceso, especialmente el acta de descargos allegada y como quiera que en el RIT, no se prevé ningún trámite o procedimiento previo que se deba agotar para poder terminar el contrato de trabajo, se procede a analizar la justa causa invocada.

En cuanto a la terminación del vínculo laboral del demandante, obra a fl. 19 y 185 del expediente, la carta de terminación del contrato de fecha 4 de julio de 2015, la cual se fundamenta en:



Hoja vida

importadora CELESTE

Bogotá, 08 de mayo de 2019

185

SEÑOR
JOSÉ ALBERTO DAZA
Bogotá

El pasado 13 de abril de 2019, usted presentó descargos, por una anomalía que fue conocida por la empresa cuando el cliente "ASESOR Y SERV. EMPRESA INTE SAS" presentó una reclamación según la cual, usted le vendió una caja de velocidades CAPTIVA, que no estaba disponible para la venta en el almacén y que, además, no correspondía al modelo del automóvil que necesitaba el cliente.
Con su acción, se generaron graves problemas y perjuicios para la empresa: además de la pérdida de credibilidad, debe restituir al cliente el dinero por devolución del repuesto y un dinero adicional por daños y perjuicios ocasionados.

En los detalles del caso, que se pueden observar en la documentación relacionada con su proceso disciplinario, se evidencia que usted cometió una falta grave, que obliga a la empresa a tomar determinaciones. Tenga en cuenta que, con la conducta asumida por usted en este caso concreto, usted violó todas las normas que debía respetar como persona encargada del almacén, sin ninguna autorización, y ocasionando serios perjuicios a la empresa.

Por lo expuesto, le notificamos que la empresa ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo, por justa causa, a la finalización de la jornada de hoy, 08 de mayo de 2019.

Para el pago de su liquidación definitiva, puede entenderse con la oficina de Gestión Humana. Con la presente estamos haciendo entrega de una copia del pago realizado por concepto de seguridad social, por los últimos tres meses, como constancia de que la empresa se encuentra a paz y salvo por dichos conceptos.

Atentamente,

ALBA MERY PATIÑO ARCILA
Directora de Gestión Humana

www.importadoraceleste.com • NIT 800 004 800-6 • www.importadorasasociadas.com

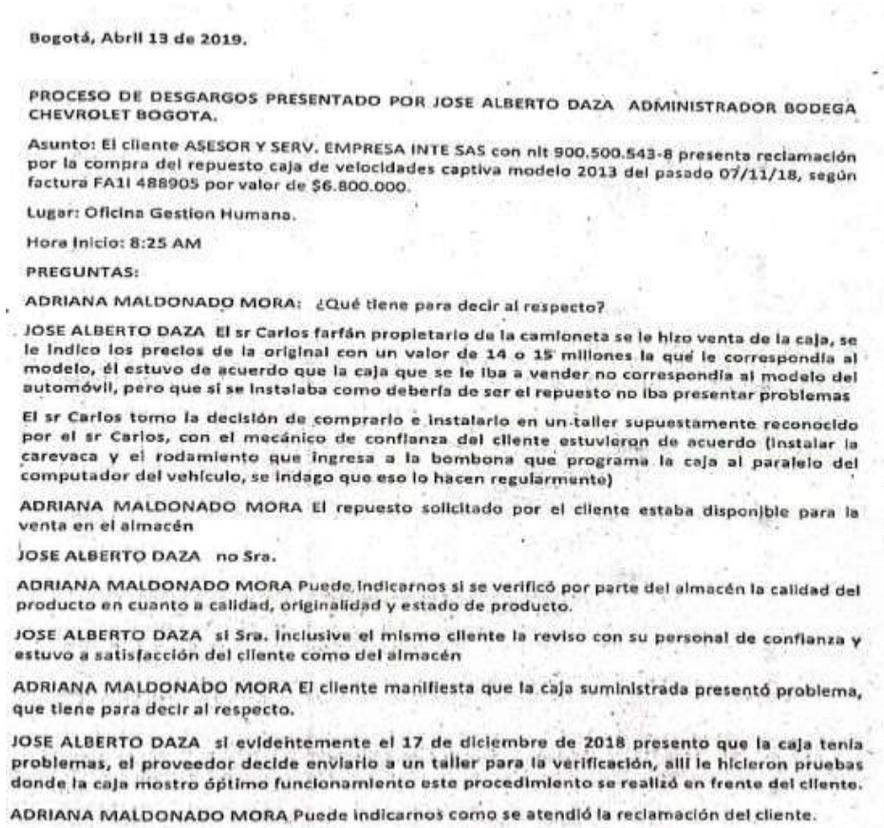
Cl. 85 Nº 27 - 23 • (1) 635 6920 • iceleste-bog@importadoraceleste.com
Cl. 28 Nº 54 - 28 • (1) 643 1018 • bodegachevrolet-bog@bodegachevrolet.com
Cl. 50 Nº 35 - 13 • (4) 232 0660 • iceleste-med@importadoraceleste.com
Cl. 15 Nº 11 - 77 • (2) 884 2031 • iceleste-cali@importadoraceleste.com
Cl. 15 Nº 8 - 51 • (2) 881 6363 • bodegachevrolet-cali@bodegachevrolet.com
Cl. 39 Nº 42 - 02 • (5) 351 8082 • iceleste-bar@importadoraceleste.com
Cl. 22 Nº 16 - 21 • (7) 671 6061 • iceleste-buc@importadoraceleste.com
Cr. 12 Nº 24 - 57 • (6) 335 5090 • iceleste-per@importadoraceleste.com
Av. Pedro de Heredia Cl. 32 Nº 21 - 132 • (5) 666 5400 • iceleste-cart@importadoraceleste.com
Barrio El Porvenir Cl. 32 Nº 31 - 34 • (6) 560 3663 • iceleste-vil@importadoraceleste.com

Teniendo claro lo anterior y dado que la carta de terminación del contrato es el escenario en el que se deben indicar los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato, se tiene que al efectuar una lectura y análisis de la misma se concluye que la conducta cuestionada fue la anomalía evidenciada por la empresa cuando el cliente "ASESOR Y SERV. EMPRESA INTE SAS" presentó una reclamación relacionada con la venta de una caja de velocidades CAPTIVA que no estaba disponible para la venta en el almacén, que no correspondía al modelo de automóvil que necesitaba el cliente, sin que se advierta como se señala que la causa aducida hubiese sido la venta sino la reclamación efectuada por el cliente relacionada con esta, sin que pueda además desconocerse lo expuesto en la diligencia

de descargos efectuada el 13 de abril de 2019, dado que fue la oportunidad en la que el trabajador pudo pronunciarse respecto a la misma y que corresponde a la materialización de la garantía del respeto debido en la relación laboral.

Al respecto debe tenerse en cuenta que para para el entendimiento de la conducta, resulta relevante lo cuestionado en la diligencia de descargos adelantada, cuyos apartes más relevantes se traen a colación, a continuación:

"(…)



Bogotá, Abril 13 de 2019.

PROCESO DE DESGARGOS PRESENTADO POR JOSE ALBERTO DAZA ADMINISTRADOR BODEGA CHEVROLET BOGOTA.

Asunto: El cliente ASESOR Y SERV. EMPRESA INTE SAS con nit 900.500.543-8 presenta reclamación por la compra del repuesto caja de velocidades captiva modelo 2013 del pasado 07/11/18, según factura FA1I 488905 por valor de $6.800.000.

Lugar: Oficina Gestion Humana.

Hora Inicio: 8:25 AM

PREGUNTAS:

ADRIANA MALDONADO MORA: ¿Qué tiene para decir al respecto?

JOSE ALBERTO DAZA El sr Carlos farfán propietario de la camioneta se le hizo venta de la caja, se le indico los precios de la original con un valor de 14 o 15 millones la qué le correspondía al modelo, él estuvo de acuerdo que la caja que se le iba a vender no correspondía al modelo del automóvil, pero que si se instalaba como debería de ser el repuesto no iba presentar problemas

El sr Carlos tomo la decisión de comprarlo e instalarlo en un taller supuestamente reconocido por el sr Carlos, con el mecánico de confianza del cliente estuvieron de acuerdo (instalar la carevaca y el rodamiento que ingresa a la bombona que programa la caja al paralelo del computador del vehículo, se indago que eso lo hacen regularmente)

ADRIANA MALDONADO MORA El repuesto solicitado por el cliente estaba disponible para la venta en el almacén

JOSE ALBERTO DAZA no Sra.

ADRIANA MALDONADO MORA Puede indicarnos si se verificó por parte del almacén la calidad del producto en cuanto a calidad, originalidad y estado de producto.

JOSE ALBERTO DAZA si Sra. inclusive el mismo cliente la reviso con su personal de confianza y estuvo a satisfacción del cliente como del almacén

ADRIANA MALDONADO MORA El cliente manifiesta que la caja suministrada presentó problema, que tiene para decir al respecto.

JOSE ALBERTO DAZA si evidentemente el 17 de diciembre de 2018 presento que la caja tenía problemas, el proveedor decide enviarlo a un taller para la verificación, allí le hicieron pruebas donde la caja mostro óptimo funcionamiento este procedimiento se realizó en frente del cliente.

ADRIANA MALDONADO MORA Puede indicarnos como se atendió la reclamación del cliente.

JOSE ALBERTO DAZA yo tengo dos cosas por aclarar

La llamada se realizó el 12 o 13 de febrero de 2019 donde solicito la autorización para la creación del proveedor donde el sr Gabriel dijo que no, el me brindo la solución de enviar el vehículo a un concesionario y se le indico que la caja no correspondía al modelo del vehículo y el cilindraje. No me solicito más información, se me informo que se devolvería el dinero al cliente situación que no sucedió y el cliente no estaba dispuesto a recibirlo según conversaciones vía telefónica, los datos del vehículo se dieron en esa conversación.

ADRIANA MALDONADO MORA Por favor informar el procedimiento realizado por usted para hacer la devolución de la caja al proveedor inicial

JOSE ALBERTO DAZA después de la llamada se le informa al proveedor que la caja no funciona y el cliente no está de acuerdo con el repuesto que tiene el vehículo, que la caja se va a devolver y ellos retiran la caja de transmatic a los tres días, no se deja ninguna evidencia documental, ya que al cliente no se puede hacer una nota de devolución.

Se hizo físicamente, el proveedor está de acuerdo que nos debe esa plata de ese repuesto (caja) que en el momento que se haga la creación de la nota ellos pagan, además de auditoria tuvieron una llamada telefónica donde se comprometieron a pagar.

Se anota que se devolvió un repuesto sin evidencias documentales.

ADRIANA MALDONADO MORA se devolvió un repuesto sin evidencia documental?

JOSE ALBERTO DAZA si Sra. no tenía claro cómo hacer una nota crédito, en ese momento el proveedor acepto la deuda de la caja

ADRIANA MALDONADO MORA Explique por qué a la fecha aún no ha realizado la devolución al proveedor ni la nota crédito al cliente

JOSE ALBERTO DAZA reitero no tenía como hacer la nota debito al proveedor porque no me habían autorizado la compra de otro proveedor y la nota de crédito al cliente no se le hizo porque al 25 de febrero de 2019 el asunto debería estar solucionado en teoría y la prueba está en la firma del f79 recibiendo la caja a satisfacción y montada en el taller transmatic.

ADRIANA MALDONADO MORA Por favor explicar que operación se realizó con el proveedor Transmatic para atender esta reclamación.

JOSE ALBERTO DAZA con el proveedor transmatic tan pronto se recibió información por parte del sr Carlos farfán sale indico que se acercara para ser atendió en el taller transmatic ,más o menos el 25 03/2019 se le informo a don Carlos que se acercara al taller pero el desafortunamente presento una calamidad domestica que no le permitió asistir a la cita al taller y posterior se le informo que se concertaría una nueva cita cuando tuviera tiempo disponible ya que se debería hacer una prueba de ruta ,para evidenciar la falla que tiene el carro.

ADRIANA MALDONADO MORA ¿La transacción con el proveedor se realizó a nombre de la empresa o a nombre de un tercero?

JOSE ALBERTO DAZA me ofreció el servicio de instalar la caja , programarla y suministrar el repuesto para ser cancelados en más o menos 15 días , para poder aceptar cualquier tipo de reclamo por garantía ,yo en mi poco conocimiento creí que me iban a autorizar la compra para pagar por la compañía ,cosa que más o menos al 03 de marzo de 2019 no sucedió .Entonces tomé la decisión de pagar con mis recursos esa la caja de velocidades ya que el sr William Gomez tampoco me quiso pagar el repuesto , pero yo si le tenía que responder al proveedor ,ya que le había firmado una orden de trabajo para dicha labor

ADRIANA MALDONADO MORA ¿Puede indicarnos porque la transacción de compra no se realizó directamente por la empresa sino por parte de un tercero?

JOSE ALBERTO DAZA se hizo a nombre de un tercero porque no tenía la autorización de la compañía

ADRIANA MALDONADO MORA Explique cómo fue el procedimiento de creación y compra realizado por usted para este proveedor.

JOSE ALBERTO DAZA creo que la pregunta no va porque el proveedor no se creó en la compañía

ADRIANA MALDONADO MORA El cliente envía registros fotográficos y argumenta que la caja es de segunda. ¿Que tiene para decir al respecto?

JOSE ALBERTO DAZA el propietario de transmatic nos aseguró y delante del cliente que la caja a instalar era nueva, antes del montaje yo Alberto Daza le coloque unos stickers para asegurar que la caja era nueva e inmediatamente se envió registro fotográfico por whatsapp al sr Carlos farfán donde se evidencia que la caja esta optima

ADRIANA MALDONADO MORA por favor explique qué argumentos le dio el director de compras para no autorizar el proveedor

JOSE ALBERTO DAZA que se debía enviar el carro a un taller autorizado o concesionario a lo cual le comente la dificultad que se tenía por la aplicación de la caja.

Le iba a gestionar la devolución de la plata al cliente porque me dijo que salía más costoso enviarlo a concesionario, en ningún momento hable de 4.5 millones de pesos, la caja no estaba esbozada para el modelo del vehículo, el coordinador nunca me llamo.

(…)”.

Como se observa, la conducta cuestionada estaba relacionada principalmente con haber permitido que se efectuara por intermedio de la compañía la adquisición de una caja de velocidades con un proveedor que no estaba aprobado ni autorizado para ello y las consecuencias generadas por garantía de tal producto.

En cuanto a la extemporaneidad en la decisión, debe tenerse en cuenta que el tiempo razonable inicia desde el momento en que el empleador conoce de los hechos generadores de la situación, advirtiéndose que en este caso para poder entender lo que ocurrió fue necesario la presentación de la reclamación por el cliente y luego la realización de una investigación sobre la misma, advirtiéndose que incluso para el 25 de marzo de 2019, se encontraba en curso la tramitación con el proveedor para atender la reclamación del cliente conforme se desprende lo expuesto en la misma carta de descargos, sin que se advierta así falta de mediatez en la carta de despido.

En este punto, igualmente debe recodarse que nuestro órgano de cierre de vieja data ha adoctrinado que el empleador debe cumplir con expresar los hechos en que se funda el despido, los cuales no pueden ser variados o modificados con posterioridad, pero sin que, le sea exigible indicar con precisión en qué causal específica encuadran tales hechos (CSJ SL16298-2017, CSJ SL 3313-2019).

En ese orden de ideas, al verificar la conducta desplegada y advertir conforme a lo expuesto en las documentales allegadas entre estas el perfil del cargo, descripción del proceso de compra, investigación del asunto y lo expuesto en los testimonios recibidos, se concluye que el señor José Alberto Daza era el responsable de todo lo que tenía que ver con las compras efectuadas en la unidad de negocio que estaba a su cargo, siendo claro que aunque le correspondía el análisis y evaluación de proveedores no era quien podía aprobarlos o autorizarlos, aspecto que incluso se colige de lo expuesto en los mismos descargos, con lo cual resulta evidente la infracción a las obligaciones especiales del trabajador contempladas en los numerales 1°[1] y 5°[2] de artículo 58 del C.S.T., y por tanto en el incurrimiento de la causal 6 del literal A del articulo62 del C.S.T. (Modif. artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965), como se señaló por la falladora de primera instancia, razones por las cuales se confirmará la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

---

[1] *"1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido."*
[2] *"5. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios."*

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de $400.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **LUIS CARLOS GIL HERNANDEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 009 2021 00189 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre

de 2022, en la cual se declaró la ineficacia del traslado y se absolvió del reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

El recurso de apelación tiene por objeto de un lado que se ordene a Colpensiones el reconocimiento de las costas y se conceda el reconocimiento de la pensión de vejez y de otra la revocatoria de la decisión para que en su lugar se absuelva de las condenas efectuadas.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de la parte actora y de Protección S.A., en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS con Porvenir S.A., y Protección S.A. como consecuencia de dicha declaratoria se efectuara la vinculación al RPM administrado por Colpensiones, se concediera la pensión de vejez junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y el retroactivo generado.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 19 de mayo de 1958; que efectuó cotizaciones al ISS entre marzo de 1981 hasta mayo de 1994; que realizó cotizaciones a Porvenir entre enero de 1995 hasta mayo de 1995; que a partir del mes de octubre de 1995, ha realizado cotizaciones a Protección S.A. y que los asesores de las administradoras pensionales, no le

suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que no había causa legal que facultara para que se trasladara a Colpensiones el monto de capital que reposaba en la cuenta de ahorro individual ya que no existía vicio del consentimiento en la afiliación a Protección que conllevara a la nulidad o ninguna causal de ineficacia, asimismo, mencionó que el actor no podía trasladarse por cuanto se encontraba dentro de la limitante de los últimos 10 años para el cumplimiento de la edad de la pensión establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003 y que no eran aplicables los efectos del artículo 1746 del Código Civil. Propuso entre otras las excepciones de Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional e innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de

la oposición, radicó en que el traslado del régimen pensional realizado por el demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993, igualmente, señaló que el actor suscribió de manera libre, espontánea el formulario de afiliación, destacó en cuanto a la solicitud de devolución de los rendimientos financieros que ello desbordaba los efectos de la ineficacia y que en caso de que se accediera a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, la devolución de los rendimientos financieros, gastos de administración, y demás gastos, dejaría al demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el RPM. 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.

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición, radicó en que efectúo los diferentes traslados entre fondos privados de manera libre y voluntaria, razón por la cual dichos contratos de afiliación eran plenamente válidos y no se encontraba inmerso en causal alguna que conllevara a su nulidad o ineficacia además que su representada no tuvo injerencia en dicha decisión, asimismo, señaló que se encontraba inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 haciéndose imposible tener a la accionante como afiliada al RPM pues tal situación contravendría no solo disposiciones de

carácter legal sino también se encontraría en contravención con el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES. Propuso entre otras las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 e innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del de diciembre 2022, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> ***PRIMERO.*** *DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Luis Carlos Gil Hernández, entre el RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 6 de marzo de 1994.*
>
> ***SEGUNDO.*** *CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Luis Carlos Gil Hernández, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***TERCERO.*** *CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual del demandante Luis Carlos Gil Hernández, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.*
>
> ***CUARTO.*** *CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Protección y Porvenir S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas*
>
> ***QUINTO.*** *DECLARAR parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido en lo relacionado con la pensión de vejez y los intereses moratorios.*
>
> ***SEXTO.*** *ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

SÉPTIMO. *COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.*

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

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía perdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado, que la carga de la prueba sobre ese deber de información estaba en cabeza de las administradoras pensionales y que de las pruebas recaudadas tales como interrogatorio de parte no se logró acreditar el cumplimiento del mismo.

En cuanto al reconocimiento pensional, no encontró acreditados los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de la parte actora y de Colpensiones presentaron recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora**, manifestó que no estaba de acuerdo con el hecho de que no se hubiese condenado en costas a Colpensiones, en tanto que dicha demandada tenía una obligación de hacer –dar información-, se trata de una parte vencida en el proceso y se opuso a las pretensiones de la demanda, igualmente, manifestó que no estaba de acuerdo con la decisión en cuanto no se reconoció la pensión de vejez, debiéndose analizar hasta la última semana cotizada y los intereses moratorios generados, siendo que si se contaba con las 1300 exigidas por la norma aplicable para el reconocimiento y la edad, señalando que una vez se declara la ineficacia debía tramitarse el reconocimiento pensional a efectos de no vulnerar derechos y no generar congestión judicial.

El **apoderado de Colpensiones**, por su parte, indicó que presentaba recurso de apelación por cuanto no se demostró con suficiencia que la afiliación al RAIS adoleciera de algún tipo de vicio del consentimiento, que en los argumentos del demandante se advertía que no existió mayor interés en indagar sobre la información recibida y su futuro pensional, destacando además que el RPM y el RAIS eran excluyentes

entre sí por su forma diferente de financiación lo que no se solucionaba con un simple traslado a la cuenta, siendo que solo se permitía el retorno al RPM a aquellas personas que cotizaron 15 años o más al sistema pensional antes del 1° de abril de 1994., no obstante, el actor se encontraba inmerso dentro de la prohibición legal de traslado. Finalmente, señaló que no era razonable ni jurídicamente válido, poner a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, pues el artículo 29 de la C.P. contemplaba que debían existir normas preexistentes al acto que se juzgaba.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A. el 6 de marzo de 1994 (fl. 34 archivo 05 del expediente digital) y a Davivir hoy Protección S.A., el 8 de septiembre de 1995 (fl. 42 archivo 04 del expediente digital).

Así las cosas, pese a que obran formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS y traslado horizontal, estos no resultan suficientes para considerar que el actor recibió el consentimiento informado pues según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora suministró al posible afiliado una mínima información, debe estar claro que se informó acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco resultaba factible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la actora, por lo que resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Porvenir S.A. y posteriormente a Davivir hoy Protección S.A., tal como se señaló por el a quo.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que

hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."*

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

Ante la inconformidad expresada en relación a la no imposición de costas a Colpensiones, conviene recordar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia y dado que tal situación también se predica respecto de la referida demandada habrá de adicionarse la sentencia en el entendido de condenar en Costas a Colpensiones.

Finalmente, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que es indispensable que tanto los aportes como los demás recursos del afiliado se encuentren debidamente depositados dentro del régimen de prima media,

a efectos que Colpensiones pueda analizar la situación particular del afiliado con datos concretos y de manera precisa sin lugar a errores.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral 7° de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de noviembre de 2022, en el entendido de condenar también a la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones al pago de las costas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE ARMANDO BECERRA VARGAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.

RADICADO: 110013105 011 2022 00126 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir, Skandia y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de Porvenir S.A y la parte demandante presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., así como también la efectuada a Skandia S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, la totalidad de los aportes, rendimientos, semanas de cotización trasladadas al momento del

traslado del régimen, así como los demás dineros aportados durante el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 6 de julio de 1989; que, en el mes de mayo de 1994, se trasladó a Porvenir S.A; que posteriormente se afilió a Skandia S.A., el 30 de agosto de 2017, sin que dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo los artículos 4, 48, 53, 335 de la Constitución Política, los artículos 13 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, los artículos 63 y 1746 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 31989 de 2008, 46292 de 2014, 361 de 2019, 1452 de 2019, 1421 de 2019, 1688 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte demandante se trasladó una vez recibió información trasparente y necesario, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenia del régimen de prima media por haber pertenecido a él. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante venia de estar afiliado a Porvenir S.A., por lo que tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuesto facticos no son iguales, falta de interés negociable, prescripción, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no obra prueba dentro del proceso que permita inferir que el demandante no fue suficientemente ilustrado sobre las condiciones de efectuar el traslado de régimen. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, inexistencia de causal de nulidad, responsabilidad sui generis, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, inexistencia de causal de nulidad, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, prescripción, caducidad, saneamiento de nulidad, no procedencia de pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de junio de 2023, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del régimen pensional efectuado el día veintitrés (23) de mayo del año 1994 por el señor JOSÉ ARMANDO BECERRA VARGAS, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y su posterior traslado horizontal realizado entre administradoras del mismo régimen el 30 de agosto de 2017, desde la AFP PORVENIR hacia la AFP SKANDIA S.A.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración (porcentaje del 3% que fue descontado de las cotizaciones y destinado para comisiones de administración, pago de prima de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y en caso de haberse realizado, el pago de primas de FOGAFÍN) y fondo de garantía de pensión mínima.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante JOSÉ ARMANDO BECERRA VARGAS al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar las cotizaciones realizadas por el demandante en el RAIS, como cotizaciones validas en la historia laboral del régimen de prima media con prestación definida.*
>
> *CUARTO: Las excepciones propuestas se declaran imprósperas.*

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. incluyendo como agencias en derecho en favor del demandante la suma de 2 SMLMV, suma que deberá ser asumida por partes iguales por dichas administradoras del RAIS.

SEXTO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo14 de la Ley 1149 de 2007."

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2014, se establece que por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar oportunamente (en el momento de traslado inicial del régimen pensional) siendo clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado en ese momento, si tiene un beneficio transicional, dado que la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, en lo referente a los valores a retornar por parte de la AFP, esto de conformidad con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, lo únicos valores a retornar ante una declaratoria de ineficacia son los consistentes de rendimientos y aportes, lo cual ya aconteció, en virtud que traslado dichos emolumentos a Skandia; sin que sea procedente el traslado de gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que dichos valores que se promueven frente a la generación de rendimientos en la cuenta de ahorro individual, esto de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

La apoderada de Skandia interpuso recurso de apelación, de forma parcial frente a la condena de trasladar los conceptos de gastos de administración y seguros previsionales, en virtud de que dichos descuentos fueron autorizados por mandato legal del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, resaltó que dichos emolumentos traen consigo unas gestiones administrativas que se realizaron por parte de la AFP, encaminadas a

realizar inversiones; refirió que debe hacerse un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas y la buena fe que ha ostentado la entidad.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que en lo referente con la entidad hay una prohibición normativa de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, cuando el afiliado tenga menos de 10 años para cumplir el mínimo de edad para acceder a la pensión de vejez; por otro lado precisó que lo referente al traslado que efectuó el demandante con la AFP Porvenir S.A., no se observa dentro del plenario la configuración de un vicio del consentimiento en el acto de afiliación máxime cuando se expresa la voluntad, libre y voluntaria para el año 1994 y 2017; precisó que debe tenerse en cuenta la descapitalización del sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de*

pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 23 de mayo 1994.

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de junio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **HEIDY ROCIO ANDRADE LOAIZA EN NOMBRE PROPIO Y REPRESENTACIÓN DE SUS HIJOS JUAN JOSE GALICIA Y MIGUEL ANGEL GALICIA** CONTRA **HEGEMONIA ARQUITECTURA S.A.S., REINALDO GONZALEZ CONSTRUCCIONES S.A.S.**, **ARL SEGUROS BOLIVAR S.A., AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**. VINCULADOS **ARQUIMEDES GALICIA, JENNY LORENA GALICIA, JESSICA GALICIA Y SEBASTIAN GALICIA.**

RADICADO: 11001 3105 013 2017 00118 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de

apelación presentado por la apoderada de Seguros Bolívar S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de octubre de 2021, en donde se declaró que el accidente en que perdió la vida el señor RAMIRO GALICIA RUIZ, era de origen laboral y se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora HEIDY ROCIO ANDRADE LOAIZA así como los menores JUAN JOSE y MIGUEL ANGEL GALICIA ANDRADE y a los hijos SEBASTIAN y ARQUIMEDES GALICIA OVIEDO.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión por cuanto la compañía de seguros Bolívar no tenía la potestad de desconocer el accidente laboral dado que no había cobertura sobre el mismo.

En esta instancia se allegaron alegatos por Porvenir S.A., en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante a nombre propio y en representación de sus menores hijos formuló demanda con el objeto que se ordenara a la sociedad REINALDO GONZALEZ CONSTRUCCIONES S.A.S. y solidariamente a la empresa HEGEMONIA ARQUITECTURA S.A.S., al pago de la indemnización plena de perjuicios como consecuencia del accidente que le ocasionó la muerte al señor RAMIRO GALICIA RUIZ, esposo y padre respectivamente, así como, se

condenará a las entidades de Seguridad Social al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes o pensión sanción, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que el 18 de abril de 2016, el señor Ramiro Galicia Ruiz, ingresó a laborar como maestro de construcción en obra civil para Reinaldo González Construcciones S.A.S.; que el señor Galicia Ruiz, el 1° de julio de 2016, sufrió un accidente de trabajo cuando se encontraba trabajando en una obra y estando en el cuarto piso con una varilla metálica tocó accidentalmente la cuerda de alta del poste y cayó desde una altura de 9,20 metros, produciéndole la muerte; que el empleador inobservó los deberes de protección y de seguridad que debía a sus operarios; que la señora Heidy Rocio Andrade, convivió con el causante de manera permanente e ininterrumpida en condición de compañera permanente por más de 10 años hasta el día de fallecimiento y que de dicha unión se procrearon los hijos de nombres Juan José y Miguel Ángel Galicia Andrade.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el señor Ramiro Galicia Ruiz, no se encontraba afiliado a esa administradora y en todo caso el origen del siniestro obedeció a causas directamente laborales,

por lo que no le asistía ninguna responsabilidad. Propuso entre otras las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, falta de causa para pedir inexistencia de las obligaciones demandadas y prescripción.

Seguros Bolívar S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que para la fecha del fallecimiento del trabajador este no se encontraba en cobertura por el sistema General de Seguridad Social en riesgos profesionales, por cuanto la vigencia de la afiliación empezó el 6 de julio del 2016, esto era, con posterioridad al deceso (1° de julio de 2016), por lo que a su juicio, no había lugar a acceder a las súplicas de la demanda, asimismo, destacó que la demandante no cumplió con la carga de la prueba de allegar al proceso la sentencia declaratoria de unión marital de hecho como lo exigía la ley 979 del 2005. Propuso entre otras excepciones las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa, buena fe, cobró de lo no debido y prescripción.

Mediante auto del 3 de mayo de 2018, se dejó sin efectos la admisión de la demanda contra la compañía Reynaldo González Construcciones S.A.S., ya que para la fecha de presentación de la acción ordinaria no contaba con capacidad jurídica para comparecer a juicio puesto había sido liquidada, posteriormente, en audiencia adelantada el 13 de noviembre de 2018, al momento de fijar el litigio se consideró que como quiera que quien había figurado como empleador ya no existía

dada su liquidación, solo era posible sentar el litigio en lo referente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por lo que se excluyó de la controversia a la sociedad Hegemonía Arquitectura SAS, así como a la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana y AXA Colpatria seguros de vida.

Mediante auto del 8 de febrero de 2019, se ordenó la vinculación como litisconsortes necesarios de los señores Arquímedes, Jenny Lorena, Jessica y Sebastián Galicia Oviedo. El señor Arquímedes no presentó contestación de la demanda y los demás hermanos estuvieron representados por Curador Ad Litem, en cuya contestación se aludió que éstos también eran beneficiarios de la pensión de sobrevivientes conforme las condiciones particulares de cada uno.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

> *"**PRIMERO:** DECLARAR que el accidente en que perdió la vida el señor RAMIRO GALICIA RUIZ, el día 1 de julio de 2016, es de origen laboral, conforme se expuso.*
>
> ***SEGUNDO:** DECLARAR que la señora HEIDY ANDRADE LOAIZA, así como los menores JUAN JOSE GALICIA Y MIGUEL ANGEL GALICIA, así como SEBASTIAN Y ARQUIMEDES GALICIA OVIEDO, tienen derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte de su compañero permanente y padre respectivamente señor RAMIRO GALICIA RUIZ, desde el 1 de julio de 2016, en un porcentaje del 50% a favor de la señora HEIDY ROCIO ANDRADES LOAIZA y el porcentaje restante a favor de los hijos mencionados, prestación que se determinara con una tasa de reemplazo del 75% y un IBL conforme lo prevé el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, suma que no podrá ser inferior al salario mínimo, conforme se expuso.*
>
> ***TERCERO:** CONDENAR A SEGUROS BOLIVAR a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de HEIDY ROCIO ANDRADE LOAIZA, así como los menores JUAN JOSE GALICIA Y MIGUEL ANGEL GALICIA, así como A*

SEBASTIAN Y ARQUIMEDES GALICIA OVIEDO, teniendo en cuenta un 75% del ingreso base de liquidación, factor este último que se hallara conforme lo prevé el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, suma que no podrá ser inferior al salario mínimo, a partir de la fecha en que ocurrió el deceso del trabajador que ocurrió el 1 de julio de 2016, en un porcentaje del 50% para la compañera permanente HEIDY ROCIO ANDRADE LOAIZA y el porcentaje restante, dividido en partes iguales a favor de los hijos JUAN JOSE GALICIA Y MIGUEL ANGEL GALICIA, así como A SEBASTIAN Y ARQUIMEDES GALICIA OVIEDO, prestación que se incrementara a favor de los restantes beneficiarios, a medida que vayan perdiendo el derecho pensional, conforme se expuso.

***CUARTO:** ABSOLVER A SEGURO BOLIVAR de pagar las mesadas causadas a partir del 27 de noviembre de 2016 y hasta el primer semestre de 2019 (junio) que se causaron a favor del señor SEBASTIAN GALICIA, mientras que aquellas que se causen a partir del mes de julio de 2019 y hasta el 27 de noviembre de 2022, su pago estará supeditado que ante la entidad demuestra la calidad de estudiante.*

***QUINTO:** ABSOLVER A SEGURO BOLIVAR de pagar las mesadas causadas a partir del 1 de julio de 2016 y hasta el primer semestre de 2019 (junio) que se causaron a favor del señor ARQUIMEDES GALICIA, mientras que aquellas que se causen a partir del mes de julio de 2019 y hasta el 2 de abril de 2020, su pago estará supeditado que ante la entidad demuestra la calidad de estudiante.*

***SEXTO:** CONDENAR A SEGUROS BOLIVAR a pagar a favor de los aquí demandantes el retroactivo pensional generado, así:*

A FAVOR DE HEIDY ROCIO ANDRADES LOAIZA, y de sus hijos JUAN JOSE GALICIA ANDRADE Y MIGUEL ANGEL GALICIA ANDRADE, el retroactivo que se genere desde el 01 de julio de 2016, hasta la fecha efectiva de pago.

A FAVOR DE SEBASTIAN GALICIA, aquel generado desde el 1 de julio al 27 de noviembre de 2016 y aquel que se genere desde julio de 2019 hasta el 27 de noviembre de 2022, siempre que se acredite en estas últimas fechas la calidad de estudiante.

A FAVOR DE ARQUIMESDES GALICIA, aquel generado desde julio de 2019 hasta el 2 de abril de 2020, siempre que se acredite la calidad de estudiante.

***SEPTIMO:** CONDENAR A SEGUROS BOLIVAR S.A. a pagar los retroactivos pensionales generados debidamente indexados, según se expuso.*

***OCTAVO:** AUTORIZAR A LA ARL, a descontar de las mesadas causadas, los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.*

***NOVENO:** ABSOLVER A PORVENIR S.A de las pretensiones enunciadas en la demanda.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que si bien en cuanto al accidente sufrido por el señor Ramiro Galicia no había ningún pronunciamiento del empleador en razón a que la empresa fue liquidada de las pruebas allegadas podía colegirse que el mismo ocurrió en el lugar del trabajo durante la jornada de trabajo y con un elemento suministrado

para la ejecución de la actividad, por lo que el infortunio que ocasionó la muerte del señor Galicia Ruiz se catalogaba como accidente de trabajo.

En cuanto a la cobertura por el sistema general de riesgos profesionales, se indicó que de acuerdo con la comunicación obrante a fl. 53 del expediente podía colegirse que el señor Galicia Ruiz, estaba afiliado a Seguros Bolívar S.A., con la empresa Reinaldo Construcciones S.A.S. desde el 19-05-2016, sin que se reportara ninguna novedad de retiro para la fecha en que fue elaborado el documento (14/07/2016), por lo que el riesgo estaba cubierto y habría lugar al reconocimiento pensional por existir afiliación.

Asimismo, indicó que si bien en la argumentación de Seguros Bolívar, suministrada en la contestación de la demanda y en respuesta al derecho de petición, se mencionó que *"(…) en la planilla 8454940730 correspondiente al periodo de pago del mes de junio de 2016, reportan nuevamente el ingreso del trabajador con fecha de pago 05-07-2016, lo que significa que la nueva cobertura para el trabajador inicia al día siguiente de reportada la novedad a la administradora, o sea el 06-07-2016" y* a reglón seguido *"Y por último, en la planilla de pago 8455975075 correspondiente al periodo del mes de julio de 2016, se registró el retiro del trabajador con cotización de 1 día. Como no hay registro de novedad normal, el sistema calcula la fecha de retiro con base en los días cotizados. Como la cotización fue por 1 día y tenía cobertura 06-07-2016, se asume que solo laboró un día y lo retira con fecha del mismo 06-07-2016".*

Lo anterior, quería decir que la novedad se presentó fue en el mes de junio, pero el pago se efectuó en julio de esa misma anualidad, lo que daba a entender a que para el momento en que acaeció el accidente, el trabajador se encontraba afiliado al sistema de riesgos laborales como se corroboraba con el documento que obraba a folio 53, la afirmación que realizó seguros Bolívar, tanto en el escrito de contestación como en el documento que obraba a folio 196.

Acto seguido, atendiendo lo expuesto en el artículo 11 de la Ley 776 de 2002 y lo señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, se procedió a analizar si los demandantes y demás vinculados acreditaban los requisitos contemplados para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes del sistema general de riesgos laborales del trabajador fallecido, encontrando acreditada la convivencia de la actora como compañera permanente en los 5 años anteriores al fallecimiento considerando las declaraciones extrajuicio allegadas las cuales no fueron desconocidas, ni tachadas de falso y cuya ratificación no se solicitó en el proceso, en cuanto a la condición de hijos susceptibles de reconocimiento, tal calidad se acreditó por Miguel Ángel Galicia Andrade, Juan José Galicia Andrade, Sebastián Galicia Oviedo y Arquímedes Galicia Oviedo, estos 2 últimos hasta los 18 años de edad y con posterioridad cuando acreditaran su calidad de estudiantes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Seguros Bolivar S.A., presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con la decisión por cuanto en este caso no había cobertura del sistema ya que el señor Galicia Ruiz, no estaba afiliado, en esa medida no podía existir un accidente de trabajo y por ello a su representada no le era dable desconocer el origen del fallecimiento.

En cuanto al certificado obrante a folio 53, señaló que tal documento daba fe de la fecha de afiliación pero no del retiro, pues para la fecha de expedición de tal documento (14/07/2016), no se tenía idea de que el señor se había accidentado y había fallecido, adicionalmente, resaltó que la interpretación de las planillas estaba equivocada pues las mismas daban fe de los ingresos y del retiro del señor Ramiro Galicia Ruiz, así:

- Planilla de pago 84533631969, se reportó el ingreso de Ramiro Galicia con una fecha de pago 18 de mayo del 2016, lo que significaba que la cobertura empezaba un día después, esto es, el 19 de mayo de 2016.

- Planilla de pago 8454548194, correspondiente al periodo de pago del mes de mayo del 2016, se registró el retiro del trabajador por cotización de un día y como no había registro de novedad normal, el sistema calculaba la fecha de retiro y esto establecía que trabajó solamente el 19 de mayo del 2016.

- Planilla de pago 8454940730 reportaba nuevamente el ingreso del trabajador con una fecha de pago 5 de julio del

2016, lo que significaba que la nueva cobertura empezaba un día siguiente, esto es, el 6 de julio del 2016.

- Planilla de pago 84559750758, se registró la novedad de retiro del trabajador y se podía evidenciar que en esa planilla que era la misma planilla de cotización de Cafesalud EPS, la cotización se hizo por un día, por lo que la cobertura inició al día siguiente, esto es, el 6 de junio de 2016.

Respecto al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la señora Heidy Rocio Andrade y a los hijos del señor Ramiro Galicia Ruiz, señaló que el valor del ingreso base de cotización era muy bajo toda vez que la cotización solo fue por un día, por lo que su representada no debía cancelar el SMMLV por una prestación que no le correspondía asumir, además que tampoco se verificó la ratificación de las declaraciones extra juicio en donde se corroborará que la señora Heidi era la compañera permanente del señor Ramiro Galicia.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada bajo los presupuestos del sistema general de riesgos laborales.

No es objeto de controversia que el señor Ramiro Galicia Ruiz, falleció el 1° de julio de 2016 y que tal fallecimiento fue producto de un accidente de trabajo cuando se encontraba prestando sus servicios para la empresa Reinaldo González Construcciones SAS, tal y como se colige de las pruebas

allegadas al expediente entre ellas, el reporte de accidente de trabajo y por no tratarse de un asunto discutido por las partes.

Ahora bien, lo que sí es objeto de cuestionamiento es la cobertura del riesgo por el Sistema General de Riesgos laborales, puesto que se aduce por Seguros Bolívar S.A., que la vigencia de la afiliación comenzó el 06 de julio de 2016 y el fallecimiento ocurrió el 1° de julio de 2016.

Como documental relevante se allegó al expediente la certificación expedida por Seguros Bolívar S.A., el 14 de junio de 2016, en la que se indicó lo siguiente:

"(…)

CERTIFICA QUE:

La empresa REINALDO GONZALEZ CONSTRUCCIONES SAS con NT 900811623, se encuentra amparada en caso de accidente de trabajo y enfermedad Laboral según lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias, por el contrato de Riesgos Laborales 2801646036802. La(s) persona(s) que se relaciona(n) a continuación se encuentran en nuestra Base de Datos de la siguiente manera:

Tipo Dcto	Número Documento	Nombre del Empleado	Centro de Trabajo	Clase	Tasa	Fecha Inicio Cobertura	Fecha Retiro	TC	E
CC	93451327	RAMERO GALICIA RUIZ	OPERATIVO	5	6.96	19/05/2016		1	AC

(1)DEPENDIENTE TC:Tipo Cotizante E:Estado AC:Activo IN: Inactivo

Se expide a solicitud del interesado a los (14) días del mes de Julio de 2016.

(…)"

Igualmente, se allegaron planillas de aportes en línea No. 8453631969 (periodo: pensión 201604 y salud 201605, pagada el 18/05/2016), 8454548194 (periodo: pensión

201605 y salud 201606, pagada el 16/06/2016) y 8454940730 (periodo: pensión 201606 y salud 201607, pagada el 05/07/2016), de las que se desprende que respecto del señor Ramiro Galicia Ruiz, se efectuaron cotizaciones en tales periodos por 16, 1 y 4 días.

También, se allegaron certificados y/o relación de aportes del señor Ramiro Galicia Ruiz, expedidos por la EPS CAFESALUD EPS (salud) y PORVENIR S.A. (pensión), los cuales además de confirmar las cotizaciones antes mencionadas, también evidencian que mediante planilla 8455975075 (periodo: pensión 201607 y salud 201608, pagada el 03/08/2016), se efectuó cotización por 1 día.

Adicionalmente, del certificado de aportes expedido por CAFESALUD EPS, el 17 de agosto de 2016, se desprende que se efectuaron las siguientes novedades:

"(…)

De acuerdo a su solicitud nos permitimos enviar el detallado de los aportes realizados al Sistema General de Seguridad Social en Salud SGSSS correspondientes al señor **RAMIRO GALICIA RUIZ** identificado con C.C. **93.451.327** quien registró afiliación en CAFESALUD EPS, en calidad de Cotizante Dependiente desde Febrero de 2016 hasta agosto de 2016.

Nro. Planilla	Periodo Reportado	Fecha Consignación	Novedades	Número de Días	Doc. Empleador	Razón Social	IBC Reportado	Valor de Cotización	
8455975075	201608	2016/08/03	RET	1	900811623	REINALDO GONZALEZ CONSTRUCCIONES SAS	$ 23.000	$ 920	
8455054185	201607	2016/07/06	ING - RET	0	800227917	G.Y.G. INGENIEROS LTDA	$ 360.000	$ 14.400	
8455588605	201607	2016/07/22	ING - RET	0	800227917	G.Y.G. INGENIEROS LTDA	$ 68.000	$ 2.700	Corrección 8455054185
8454940730	201607	2016/07/05	ING	4	900811623	REINALDO GONZALEZ CONSTRUCCIONES SAS	$ 92.000	$ 3.700	
8454548194	201606	2016/06/16	RET	1	900811623	REINALDO GONZALEZ CONSTRUCCIONES SAS	$ 23.000	$ 920	
8453631169	201605	2016/05/18	ING	16	900811623	REINALDO GONZALEZ CONSTRUCCIONES SAS	$ 368.000	$ 14.720	
8450084172	201602	2016/02/09	ING - RET	5	900477137	CONSTRUMARTINEZ DEL VALLE S.A.S	$ 115.000	$ 4.600	
8450325535	201602	2016/02/22	ING - RET	1	800116778	ORGANIZACION TERRAVILE HORVILLE	$ 69.000	$ 2.800	

El presente certificado se expide para efectos informativos, la validez de este documento está sujeta al cumplimiento de las obligaciones de pago a cargo del aportante de acuerdo a lo estipulado en el Artículo 39 del Decreto 1406 de 1999 "Deberes y responsabilidades especiales del empleador" y el Artículo 79 del Decreto 806 de 1998 "Responsabilidad del pago no oportuno y reporte de las novedades dentro del tiempo establecido para el mismo".

(…)"

Como se observa, las cotizaciones efectuadas bajo la razón social Reinaldo González Construcciones SAS, presentan novedad de ingreso en el periodo 201604 (pensión) – 201605 (salud) y novedad de retiro en el periodo 201605 (pensión) – 201606 (salud), posteriormente, se presenta una nueva novedad de ingreso en el periodo 201606 (pensión) – 201607 (salud) y novedad de retiro en el periodo 201607 (pensión) – 201608 (salud), aspecto que incluso se ve reflejado en el cuadro incorporado en la respuesta al derecho de petición de fecha 12 de agosto de 2016, efectuada por Seguros Bolívar S.A.

Planilla	Periodo	F. Pago	Tasa	DiasNov		IBC
8455975075	201607	03082016	6.96	1	RET	23,000
8454940730	201606	05072016	6.96	4	ING	92,000
8454548194	201605	16062016	6.96	1	RET	23,000
8453631969	201604	18052016	6.96	16	ING	368,000

Todo lo anterior, conduce a desvirtuar el argumento planteado por la recurrente, pues lo que reflejan las pruebas es que en el mes de junio de efectuó una novedad de ingreso y en julio se efectuó la novedad de retiro, por lo que el señor Ramiro Galicia Ruiz, en efecto estaba afiliado al sistema al SGSS (salud, pensión y riesgos profesionales) como se refleja en certificados de aportes allegados y se convalida con la certificación expedida por la misma demandada el 14 de julio de 2016. Nótese además como erradamente se aduce que la cobertura inició el 6 de julio de 2006, cuando tal fecha corresponde es al día siguiente del pago realizado por los aportes del periodo 201606 (pensión) – 201607 (salud).

Asimismo, conviene recordar que de acuerdo con lo establecido en el literal k del artículo 4 del Decreto 1295 de 1994, la cobertura del sistema general de riesgos profesionales se inicia desde el día calendario siguiente a la afiliación, razón por la cual si corresponde la asunción de la contingencia de la pensión de sobrevivientes a Seguros Bolívar S.A.

En lo que tiene que ver con el cuestionamiento efectuado en torno a que no se realizó la ratificación de las declaraciones extra juicio allegadas para corroborar que la señora Heidi Rocio Andrade era la compañera permanente del señor Ramiro Galicia Ruiz, debe indicarse que en la contestación de la demanda no se efectuó ningún pronunciamiento sobre el particular, puesto que lo único que atinó a señalar era que no se había cumplido con la carga procesal del allegar la sentencia de declaración de unión marital de hecho como lo exigía la ley 797 de 2005, siendo que conforme a lo establecido en el artículo 222 del C.G.P., la ratificación resulta procedente en el evento en que esto sea solicitado por la parte contra quien se aduzcan las declaraciones.

Adicionalmente, debe tenerse presente que nuestro órgano de cierre en pronunciamiento reciente efectuado en la sentencia SL327-2023, indicó *"(…) respecto de las declaraciones extra-juicio, cabe destacar que estas constituyen manifestaciones rendidas por terceros al margen del trámite judicial, de suerte que, no pueden recibir un trato distinto al de cualquier testimonio."*

Las anteriores consideraciones a juicio de esta sala resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de Seguros Bolívar S.A.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de octubre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Seguros Bolivar S.A.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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

LORENZO TORRES RUSSY

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **JUAN REGULO BOLIVAR, FABIO ANTONIO CEBALLOS GALEANO, EDGAR VANEGAS MORENO, VÍCTOR OLIMPO SAAVEDRA SAAVEDRA, LUIS FERNANDO URIBE CASTRILLÓN, LUIS ALEJANDRO CASTRO VILLAREAL, CESAR JOSÉ SALINAS CASTAÑO, WILSON MANUEL RAMÍREZ TRUJILLO, JOSÉ AGUSTÍN TIBOCHA APONTE, OTTO LEÓN RESTREPO PULIDO Y BENJAMÍN BLANCO RAMÍREZ** CONTRA **AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P.**

RADICADO: 11001 3105 014 2017 00763 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de

apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2021, por el Juzgado Catorce Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C.

En la sentencia de primera instancia se declaró que los demandantes eran beneficiarios por extensión de la sentencia de tutela No. T-149 de 2018, proferida por la Corte Constitucional, ordenando a continuar reconociendo los incrementos salariales y prestacionales dispuestos en los pactos colectivos para los trabajadores no sindicalizados y absolviendo a la demandada de las prestaciones de orden condenatorio.

Los recursos de apelación tienen por objeto de un lado que se revocara la decisión en cuanto se determinó que los demandantes eran beneficiarios por extensión de la sentencia de tutela a los demandantes y de otro que se reconocieran todos los conceptos reclamados.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes formularon demanda con el objeto que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre éstos y la empresa AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P.; que estaban sindicalizados con la organización sindical Sindicato Nacional de Trabajadores de Chivor S.A.

E.S.P. – SINTRACHIVOR y eran beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo 2003 – 2005, así como que eran beneficiarios por extensión de la sentencia de tutela T-149 de 2008, expedida por la Corte Constitucional, que la demandada suscribió con los trabajadores no sindicalizados pactos colectivos en los años 2006 a 2010, 2015 a 2016 y 2016 a 2020, en los que se incorporaron algunos beneficios consagrados en la CCT 2003 – 2005 y otros adicionales.

En consecuencia, se condenara a la demandada a pagarles las diferencias salariales y prestacionales dejadas de percibir entre los salarios y prestaciones reconocidos y pagados con la CCT 2003 -2005 y los incrementos salariales y prestaciones que fueron concedidos a los trabajadores que suscribieron pactos colectivos de trabajo entre 2006 a 2010, 2011 a 2015 y 2016 a 2020, aplicables a partir del momento en que se hicieron exigibles tales como póliza de hospitalización y cirugía, auxilio especial de educación, bono no salarial, reliquidación de vacaciones conforme a fórmula establecida en el anexo 7 del pacto colectivo vigente y viáticos, a la indexación de las sumas, al pago de intereses moratorios sobre el valor total de lo adeudado, a lo que resultara ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que la empresa demandada y el sindicato Sintrarchivor suscribieron en el año 2004, la CCT 2003 – 2005 (vigente en la actualidad); que el 1° de septiembre de 2006, AES ARCHIVOR & CÍA. S.C.A E.S.P., efectuó el depósito del primer pacto colectivo de trabajo con vigencia 01/08/2006

– 31/12/2010, en el cual se incorporaron mejores beneficios extralegales para los no sindicalizados y era una copia de la CCT 2003-2005; que el 12 de junio de 2007, otros trabajadores sindicalizados presentaron acción de tutela contra la demandada por violación del al derecho de libertad de asociación sindical y del derecho a la igualdad; que mediante decisión T- 149 de 2008, la Corte Constitucional dispuso *"ORDENAR a la empresa AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P. que le otorgue a los actores de la tutela los mismos incrementos salariales y prestaciones que concedió a los trabajadores que suscribieron el pacto colectivo con la empresa, desde el momento en que esos beneficios fueron efectivamente entregados"*; que eran beneficiarios del fallo de tutela antes mencionado al ostentar la condición de afiliados a SINTRARCHIVOR; que a pesar de las directrices impartidas en el fallo de tutela la demandada continuó con las políticas de discriminación y que con posterioridad el 17 de noviembre de 2010 se efectuó el segundo depósito del pacto colectivo (con vigencia 1°/01/2011 – 31/12/2015) y luego el 3 de diciembre de 2015, se efectuó el tercer depósito del pacto colectivo (con vigencia 01/01/2016 – 31/12/2020).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

AES ARCHIVOR & CIA S.C.A, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que cualquier reclamación derivada del pacto colectivo 2006-2010, se encontraba prescrita, igualmente, indicó que los

demandantes como afiliados a SINTRACHIVOR, al único estatuto al que estaban jurídicamente legitimados era la CCT y no los pactos colectivos que se suscribieran con personal no sindicalizado.

Asimismo, señaló que respecto al pacto colectivo 2006-2010, la Corte Constitucional en sentencia T-149 de 2008, reconoció a los trabajadores sindicalizados los incrementos salariales y prestacionales acordados en el pacto colectivo, procediendo a dar cumplimiento a la orden proferida reconociendo retroactivamente los mismos, acto seguido, aludió que a pesar de no estar obligada a ello, como los trabajadores no sindicalizados presentaron denuncia al pacto colectivo vigente y ello generó un nuevo pacto colectivo 2011 – 2015, la empresa tomó la decisión de extender a los trabajadores sindicalizados los beneficios allí contenidos de manera retroactiva desde el año 2011, a efectos de no tener diferencias entre trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, siendo que no había sido denunciada la CCT que regía en la compañía desde el año 2003, aludiendo además que igual situación ocurrió con el pacto colectivo 2016 – 2020.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de junio de 2021, el Juzgado Catorce laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> ***"PRIMERO. - DECLARAR*** *que los demandantes señores Juan Régulo Bolívar, Fabio Antonio Ceballos Galiano, Edgar Vanegas Moreno, Víctor Olimpo Saavedra, Luis Fernando Uribe Castrillón, Luis Alberto Castro Villarreal, César José Salinas Castaño, Wilson Ramírez Trujillo, José Agustín Tibocha Aponte, Otto León Restrepo Pulido y Benjamín Blanco Ramírez, son beneficiarios por extensión en la sentencia de tutela número 149 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, y por tanto, en virtud de ello está obligada la sociedad ASCHIVOR y Compañía S.A.E.S.T, reconocer a continuar reconociendo los incrementos salariales y prestaciones dispuestas en los pactos colectivos para los trabajadores no sindicalizados.*
>
> ***SEGUNDO. - ABSOLVER*** *a la sociedad demandada a ASCHIVOR y compañía S.A.E.S.T de las pretensiones de orden condenatorio impetradas por cada 1 de los accionantes*
>
> ***TERCERO. - DECLARAR*** *probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a los derechos causados por cada 1 de los demandantes en las fechas determinadas en la parte motiva de este proveído, y no probada en las restantes en relación con la pretensión de orden declarativo se alcanzó prosperidad.*
>
> ***CUARTO. -*** *Sin condena en costas en esta instancia."*

Como fundamento de su decisión el juzgado argumentó que los demandantes eran beneficiarios por extensión de la sentencia de tutela 149 - 2008 proferida por la Corte Constitucional, pues de una parte se tenía que la demandada había confesado que había adoptado la decisión de extender a los trabajadores sindicalizados, tanto los incrementos salariales acordados por el pacto como los demás beneficios allí contenidos de manera retroactiva desde el año 2011 con la finalidad de no tener diferencias de unos y otros, lo que dejaba en evidencia la existencia de la desigualdad predicada por los accionantes, asimismo, refirió que como algunos trabajadores de la demandada acudieron por vía de tutela a reclamar la protección de derechos con fundamentos en los mismos supuestos fácticos y ello ya había sido abordado por el máximo órgano de cierre constitucional, sin necesidad de mayores disquisiciones determinó que los actores eran beneficiarios por extensión de la sentencia de tutela T-149 de 2008, en aras de concretar, el principio de igualdad.

Sin embargo, absolvió de las pretensiones de orden condenatorio, en tanto que los incrementos de salario fueron pagados a los trabajadores sindicalizados desde el año 2011 de manera retroactiva, y los ajustes por: concepto de vacaciones, auxilio especial de educación, póliza de hospitalización y cirugía, generados como consecuencia de la orden impartida en la acción de tutela, fueron sufragados por la empresa el 19 de marzo de 2015; tal y como se admitió, en el hecho 34 del escrito sub sanatorio de demanda, sin que las pruebas allegadas hubieran acreditado que se adeudaran las sumas reclamadas como insolutas por cada demandante.

Respecto a la bonificación por negociación, se indicó que no podía extenderse tal beneficio a los demandantes, ya que correspondía a un beneficio de los suscriptores del pacto colectivo y no una prestación extralegal incorporada como tal en ese instrumento y tratándose de los viáticos se aludió que no se demostró si quiera su causación, si estos correspondían al valor causado el mismo día o si la jornada fue superior a laboral o si debieron pernoctar en el sitio hacia donde se desplazaron o si fueron debidamente autorizados y legalizados.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de los demandantes**, señaló que en lo relacionado con extender los incrementos salariales y prestacionales no existía controversia porque no había diferencias, salvo en lo que tenía que ver con otros beneficios, manifestando frente a las vacaciones que debía aplicarse la fórmula del recargo nocturno sin dividirla en 12 como se acordó en el pacto colectivo y manteniendo la fórmula de los recargos dominicales que sí tenían el factor de división en 12, en lo que respecta a los conceptos de póliza de hospitalización y auxilio de educación se indicó que se estaba solicitando una rigurosidad en la prueba para acceder al reconocimiento de tales conceptos a pesar que las liquidaciones allegadas eran inequívocas sobre el particular.

Tratándose de los viáticos, señaló que lo que se prestaba era un desconocimiento de un derecho pactado que tenía un incremento anual, que estos que no fueron objeto de controversia y bajo esa circunstancia, debió haberse reconocido el incremento anual con base en el IPC, finalmente, respecto al bono de negociación, aludió que el mismo se había convertido en un elemento de presión para que los trabajadores sindicalizados abandonaran las organizaciones sindicales pues se trataba de un beneficio ascendente a $5.796.750 que no dejaba de ser estimulante para genera adhesión al pacto colectivo.

Por su parte, el **apoderado de AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P.**, señaló que no estaba de acuerdo con la declaratoria de la extensión de la sentencia de tutela, por cuanto estas tenían efectos inter partes, en donde además la causa de la decisión

de tutela fue el pacto colectivo de trabajo del año 2006 -2010, que actualmente no estaba vigente, pues el vigente era el 2016 -2020, es decir, que tenía una causa distinta a la de este trámite ordinario laboral y que adicionalmente, pues no fueron parte de los demandantes en ese trámite procesal.

Reclama que debió absolverse a su representada de todas las condenas dando probada al menos de forma parcial la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, en tanto que la empresa venia reconociendo desde el 1 de enero del año 2011, la totalidad de beneficios contenidos en los pactos colectivos de trabajo que estaban vigentes a partir de esa fecha y hasta la actualidad.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente extender los efectos de la sentencia de tutela T-149 de 2008, a los aquí demandantes y en consecuencia si resultaba viable el reconocimiento de los conceptos aquí reclamados.

En primer lugar, se abordará el análisis de la extensión de la sentencia T-149 de 2008, como quiera que el petitum de la demanda gira principalmente en torno a tal pretensión, sobre el particular debe recodarse que atendiendo lo expuesto en los artículos 48 de la Ley 270 de 1996 y 36 del Decreto 2591 de 1991, los efectos de las sentencias que la Corte Constitucional expide en materia de acciones de tutela, tienen efectos “inter

partes", es decir, que tiene carácter vinculante para las partes o para el caso concreto allí analizado, adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia SU-349 de 2019, señaló *"(…) por disposición legal, la decisión y órdenes contenidas en la parte resolutiva de las sentencias de tutela siempre tienen efectos "inter partes". Sólo en casos excepcionales es posible hacerlos extensivos a otros sujetos, por vía del establecimiento de los efectos "inter comunis" o "inter pares". El uso de estos "dispositivos amplificadores" es una competencia reservada a las autoridades judiciales que adoptan las providencias. Particularmente, como se vio, la jurisprudencia vigente ha establecido que la determinación y aplicación de estas figuras están autorizadas únicamente a la Corte Constitucional."*

Revisada la sentencia cuya extensión se pretende por los actores, se observa que en la misma no se contemplaron efectos *"inter comunis"* o *"inter pares"* que permitieran extender la misma a los actores como se señaló por el a quo, ni se conoce algun otro mecanismo adicional que permita ampliar los efectos de la sentencia de tutela a un proceso ordinario.

Adicionalmente, no puede pasar desapercibido que tampoco existe inmediatez o una temporalidad pertinente entre la situación aquí analizada (siendo que la demanda en este asunto fue sometida a reparto en el año 2017) y la situación expuesta en su momento ante el juez constitucional (dado que la acción de tutela fue presentada el 12 de junio de 2007), advirtiéndose que incluso la demanda fue presentada cuando ya se habían expedido 2 pactos colectivos posteriores

(2011 – 2015 y 2016 – 2020), al que fue objeto de cuestionamiento en la decisión de tutela (2006 – 2010).

Tampoco puede desconocerse que el trámite constitucional se sustentó en unos supuestos distintos, para ello solo es necesario advertir que la acción de tutela se cimentó en que la empresa demandada le había vulnerado a los allí accionantes sus derechos fundamentales a la asociación sindical, al trabajo en condiciones dignas y a la remuneración mínima vital y móvil y el principio de igualdad, esto es, la vulneración de unos derechos en abstracto mientras que en este asunto se reclaman unos derechos económicos individuales para cada trabajador, debiéndose en este punto mencionar que si bien nuestro órgano de cierre de vieja data ha determinado que le corresponde al juez laboral interpretar la demanda no es posible hacerlo al punto de modificar o sustituir la pretensión para darle un sentido diferente.

Por todo lo anterior, no habría lugar a la extensión de los efectos de la sentencia de tutela o a declarar que los actores son beneficiarios por extensión en la sentencia de tutela No. T - 149 de 2008, proferida por la Corte Constitucional.

Ahora bien, si en gracia de discusión se interpretara la demanda al punto de considerar que lo pretendido era el reconocimiento de unos beneficios en igualdad de condiciones a los trabajadores no sindicalizados beneficiarios del pacto colectivo por violación del derecho de asociación sindical, resultó acertada la decisión del a quo, por cuanto en el caso

de los incrementos salariales ello se acredita con la certificación obrante a folio 1146, en cuanto a la liquidación de vacaciones se tiene que el reparo se efectuó respecto de la formula usada para liquidarlas conforme al pacto, lo cierto es que las testigos María Elvira Valderrama Peñaloza (Directora jurídica) y Aura Isabel Ortiz (analista de recursos humanos y quien manifestó haber participado en la negociación del pacto colectivo), dieron cuenta de como se efectuaba la liquidación e indicaron que desde la nivelación salarial efectuada en el año 2011, la formula aplicada tanto para trabajadores sindicalizados como no sindicalizados fue la misma, precisándose por la señora Valderrama Peñaloza, que aunque hubo un error mecanográfico en la fórmula de los Pactos Colectivos 2006 – 2010 y 2011-2015, este se subsanó en el Pacto Colectivo 2016 -2020, pero ello en nada cambió como se venía pagando o liquidando en la práctica dicha prestación.

De otra parte, en lo relacionado con los otros beneficios reclamados del pacto colectivo tales como el auxilio especial de educación, la póliza de hospitalización y cirugía y los viáticos (estos últimos convencionales), se advierte que no se acreditaron los presupuestos o condiciones para su acceso o causación a los mismos como se señaló por el aquo y en lo que tiene que ver con el bono de negociación, no es posible extender tal beneficio a los actores, pues solo es un beneficio para los suscriptores del pacto colectivo, condición que no ostentan los demandantes y tampoco obedece a un beneficio extralegal contenido en el mismo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida el 21 de junio de 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a la demandada AES CHIVOR & CIA S.C.A. E.S.P. de todas y cada una de las pretensiones formuladas por los demandantes señores JUAN REGULO BOLIVAR, FABIO ANTONIO CEBALLOS GALEANO, EDGAR VANEGAS MORENO, VÍCTOR OLIMPO SAAVEDRA SAAVEDRA, LUIS FERNANDO URIBE CASTRILLÓN, LUIS ALEJANDRO CASTRO VILLAREAL, CESAR JOSÉ SALINAS CASTAÑO, WILSON MANUEL RAMÍREZ TRUJILLO, JOSÉ AGUSTÍN TIBOCHA APONTE, OTTO LEÓN RESTREPO PULIDO Y BENJAMÍN BLANCO RAMÍREZ, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OLGA EUNICE ABRIL BENAVIDES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A Y SKANDIA S.A.**

RADICADO: 110013105 018 2022 00080 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A, Colfondos S.A, Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de mayo de 2023.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron y resultaron demostrado en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art 54A del CPT.

SKANDIA S.A., solicitó revocar de forma parcial la sentencia de instancia, al considerar que la entidad no debe asumir con el patrimonio propio el porcentaje de gastos de administración los cuales opera el fenómeno de la prescripción, así como tampoco procede la indexación.

COLPENSIONES., manifestó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual por decisión propia como lo demuestra la afiliación que efectuó con las AFP., sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en los Fondos privados, razón por la cual es el fondo privado quien debe resolver su situación pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Porvenir S.A, Skandia, Protección y Colfondos., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes realizados junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de abril de 1967; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales, que en el año 1996 se trasladó a Porvenir S.A; que posteriormente se trasladó para Protección S.A, Colfondos y Skandia; sin que dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, la Ley 100 de 1993, los artículos 14, 15 y 35 del Decreto 656de 1994, la Ley 797 de 2003, la Ley 860 de 2003 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 de 2011,31989 del 9 de septiembre de 2008, 47646,19447,17595,47125.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación cumpliendo con los requisitos establecidos en la sentencia C-1024 de 2004. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP sin brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoro acerca de las características de dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante el 1 de abril de 1996 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no ha incumplido en ningún momento su deber legal de actuar en forma diligente y prudente, toda vez que brindo una asesoría honesta y responsable. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento.

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que. Propuso entre otras las excepciones de

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de mayo de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la señora OLGA EUNICE ABRIL BENAVIDES identificado con cédula de ciudadanía No. 51.852.115, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 1 de abril de 1996 con fecha de efectividad 1 de junio del mismo año, y consecuentemente declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación realizada a PORVENIR efectuada 25 de octubre de 1997, así como la realizada a SKANDIA efectuada el 15 de septiembre de 1998, y la realizada a COLFONDOS efectuada 20 de septiembre de 1999, así como la efectuada a PROTECCIÓN S.A., realizada el 25 de noviembre de 2016, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora OLGA EUNICE ABRIL BENAVIDES identificado con cédula de ciudadanía No. 51.852.115, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante OLGA EUNICE ABRIL BENAVIDES identificado con cédula de ciudadanía No. 51.852.115, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 1 de abril de 1993, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante la señora OLGA EUNICE ABRIL BENAVIDES identificado con cédula de ciudadanía No. 51.852.115, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.*

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un ($ 1.000.000) por cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.

SEPTIMO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior."

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la sentencia SL1421 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la cual se indicó que la decisión libre y voluntaria, que acompaña el acto de traslado de régimen pensional no se limita simplemente a la manifestación de la voluntad dado que debe ser ajustada a los parámetros de la libertad informada, no basta diligenciar un formato ni adherirse a una clausula genérica; lo importante es haber tenido los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión sobre los regímenes pensionales existentes, derecho que posee un afiliado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que la demandante guardo silencio por más de 25 años hasta la fecha de reclamación administrativa respecto de la información que le fue proporcionada por parte de la AFP Horizonte; señaló que resulta indiscutible de conformidad con el interrogatorio de parte, la demandante efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria; por otro lado, precisó que de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional en lo referente al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional; teniendo en cuenta los actos de relacionamiento, en virtud de los traslados efectuados de forma horizontal, lo que permite concluir que el demandante si deseaba continuar en el RAIS, conoce claramente el funcionamiento y se encontraba en disposición de recibir asesoría aun cuando tenía la oportunidad de retornar al régimen sin encontrarse en curso de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003.

El apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación parcial en contra del numeral tercero de la sentencia proferida en lo referente a las condenas impuestas de manera indexada, al considerar que resulta improcedente de conformidad con la sentencia SL 9316 de 2016, por medio de la cual se indica que la indexación es la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos y pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda; por lo anterior, señaló que resulta incompatible ordenar tal concepto, toda vez que los recurso de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por dicho fenómeno, pues se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros resulta excluyente, en la medida de que tiene componentes de frutos e intereses que se obtuvieron de los dineros recibidos por las AFP de una excelente gestión de los aportes desde el momento en que se afilió el demandante; esto de conformidad con pronunciamientos del Tribunal Superior de Cali.

La apoderada de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación en lo referente a la orden de traslado de las sumas de las pólizas de seguros previsionales junto con los aportes que se hubiere realizado de la cuenta de ahorro individual; al considerar que el porcentaje de la suma de seguro previsional ya fue sufragada y las respectivas compañías aseguradoras cumplieron con el seguro, porque de ser así seria procedente la vinculación de la misma; por otro lado, indicó que en lo que tiene que ver con la indexación se debe tener en cuenta la sentencia proferida por la Dra. Dolly Amparo Caguasando Villota, que indicó que no procede la indexación de los dineros anteriormente mencionados, toda vez que ya se ordena a las AFP devolver todos los conceptos provenientes de cotizaciones con los rendimientos, los cuales compensan ampliamente la pérdida de capacidad adquisitiva del peso colombiano.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que no se debe asumir con el patrimonio de la AFP el porcentaje de gastos de administración y prima de seguros previsionales ni frutos y otros conceptos teniéndose en cuenta que por mandato legal el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, se autorizó el cobro de comisiones y gastos, los cuales fueron utilizados por la AFP para cubrir la administración de la cuenta

individual de ahorro y con la finalidad de obtener rendimientos a su favor, por lo cual dichas sumas no se encuentran en la entidad ya que fueron debidamente canceladas; por otro lado resalto que en lo que tiene que ver a los gastos de administración los mismos se encuentran prescritos y no procede la indexación, ya que genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar***

> ***un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 1 de abril de 1996.

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter*

declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

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

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS BENJAMIN BUITRAGO GONZALEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 018 2022 00108 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de mayo de 2023.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron y resultaron demostrado en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art 54A del CPT.

COLPENSIONES., manifestó que no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que el demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado por las demandadas, como se alega, pues al momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización y calcular una futura mesada pensional en el momento de la afiliación.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que en el proceso con el debido sustento probatorio quedo demostrado que el traslado inicial del accionante al RAIS, no obedeció a una asesoría clara, útil, completa, veraz y verificable, así como tampoco fue producto de un estudio pensional en el que se analizara la historia laboral y las consecuencias de la decisión.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los aportes realizados, junto con los rendimientos generados.

Sustentó sus pretensiones, en que tiene 59 años de edad; que cotizó al RPM un total de 755.7 semanas y al RAIS 931; que en el mes de enero de 1998 cuando se desempeñaba laboralmente en Bogotá Distrito Capital se trasladó a Colfondos S.A; que en el año 1999 se trasladó a Protección S.A y posteriormente se afilio en el año 2001 a Porvenir S.A; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 11 del Decreto 2127 de 1945, los artículos 1 y 3 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1502, 1511 del Código Civil, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículos 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 9 de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2071 de 2015, los artículos 29, 48 y 53 de la Constitución Política y las sentencias de la Corte

Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación cumpliendo con los requisitos establecidos en la sentencia C-1024 de 2004. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP sin brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoro acerca de las características de dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante el 22 de enero de 2001 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita del artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

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

que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación, genérica, aplicación de precedente sobre actos de relacionamiento y traslado de aportes.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de mayo de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de del señor CARLOS BENJAMIN BUITRAGO GONZALEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.480.751, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN el día 31 de octubre de 1997 con fecha de efectividad 1 de diciembre del mismo año, y consecuencialmente la vinculación realidad PORVENIR efectuada el 22 de enero de 2001, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor CARLOS BENJAMIN BUITRAGO GONZALEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.480.751, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN., a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante CARLOS BENJAMIN BUITRAGO GONZALEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.480.751, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de a pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 1 de septiembre de 1995, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante el señor CARLOS BENJAMIN BUITRAGO GONZALEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.480.751, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.*

QUINTO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, de asumir cualquier diferencia actuarial por el pago del derecho pensional a que tenga derecho en el futuro el demandante.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el Despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por la parte demandada COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A, PROTECCIÓN y COLFONDOS

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un ($ 1.000.000) por cada una y a favor de la demandante. Sin condena en costas a COLPENSIONES.

OCTAVO: ABSOLVER a la COLFONDOS PENSION Y CESANTÍAS, de cualquier pretensión propuesta por el demandante.

NOVENO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior."

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la sentencia SL1421 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la cual se indicó que la decisión libre y voluntaria, que acompaña el acto de traslado de régimen pensional no se limita simplemente a la manifestación de la voluntad dado que debe ser ajustada a los parámetros de la libertad informada, no basta diligenciar un formato ni adherirse a una clausula genérica; lo importante es haber tenido los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión sobre los regímenes pensionales existentes, derecho que posee un afiliado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que el demandante guardo silencio por más de 24 años hasta la primera reclamación administrativa respecto de la información que le fue proporcionada por parte de la AFP Colmena; señaló que resulta indiscutible de conformidad con el interrogatorio de parte, el demandante efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria; por otro lado, precisó que de conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional en lo referente al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional; teniendo en cuenta los actos de relacionamiento, en virtud de los traslados

efectuados con Colmena, ING y Porvenir S.A, lo que permite concluir que el demandante si deseaba continuar en el RAIS, conoce claramente el funcionamiento y se encontraba en disposición de recibir asesoría aun cuando tenía la oportunidad de retornar al régimen sin encontrarse en curso de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación parcial en contra del numeral tercero de la sentencia proferida en lo referente a las condenas impuestas de manera indexada, al considerar que resulta improcedente de conformidad con la sentencia C-00161 de 2010 y en sentencia SL 9316 de 2016, por medio de la cual se indica que la indexación es la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos y pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda; por lo anterior, señaló que resulta incompatible ordenar tal concepto, toda vez que los recurso de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por dicho fenómeno, pues se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros resulta excluyente, en la medida de que tiene componentes de frutos e intereses que se obtuvieron de los dineros recibidos por las AFP de una excelente gestión de los aportes desde el momento en que se afilió el demandante; esto de conformidad con pronunciamiento del Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace*

libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 31 de octubre 1997.

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

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

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

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

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

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OSCAR ENRIQUE ROSALES MARTINEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 020 2021 00132 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de noviembre de 2021.

En esta instancia los apoderados de Colpensiones, Porvenir S.A y la parte demandante presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y posteriormente a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Protección a trasladar a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos

de administración, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, con los rendimiento que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 3 de marzo de 1959, que en el mes de marzo de 1980 se afilió al RPM administrado por el Instituto de los Seguros Sociales; que acumulo un total de 666.57 semanas cotizadas; que en el año 1994 se trasladó a Porvenir S.A; que posteriormente en el año 2003 se trasladó a Protección S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional. Como fundamento normativo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados numera 68838 de 2019, 31989 de 2008, 68838 de 2019,56174 de 2019, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó el demandante con las AFP fue informada, espontanea, libre de presiones o engaños, por lo que conocía plenamente las implicaciones de su decisión, las condiciones básicas de operación y funcionamiento del RIAS. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación.

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

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

que el actuar de la AFP siempre ha sido conforme a la ley y la voluntad del demandante de afiliarse a la entidad fue libre, voluntaria y exenta de cualquier fuerza o vicio del consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor OSCAR ENRIQUE ROSALES MARTINEZ efectuado a la AFP PORVENIR S.A. el 7 DE ABRIL DE 1994 y el traslado horizontal a la AFP ING hoy AFP PROTECCIÓN S.A. el 22 de mayo de 2003., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., y a la AFP PORVENIR que, de llegar a tener recursos del demandante, a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado OSCAR ENRIQUE ROSALES MARTINEZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*
>
> *CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas, a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMLMV, pagaderos a cuota parte.*
>
> *QUINTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA."*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a los artículos 271, 272 y el literal b de la Ley 100 de 1993; artículo 97 numeral 1 del Decreto 663 de 1993; artículos 167 del Código General del Proceso; artículo 1604 del Código Civil y principalmente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencias radicados 31989, 31314 de 2008, radicado 33803 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 19477 de 2017, SL 4964, SL 1688 de 2018, SL 373 de 2021, la Corte ha indicado que cuando

no hay libertad informada la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que la declaratoria de ineficacia quebranta el principio de la sostenibilidad financiera, en consideración de que sería el patrimonio público quien sufragaría la pensión de la parte demandante; por otro lado, precisó que en caso de que se confirme la decisión de instancia solicitó el pago del cálculo actuarial para soslayar la descapitalización del sistema esto de conformidad SU062 de 2010.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que para que se de la declaratoria de ineficacia deben existir actos con dolo para impedir o atentar en contra de la libertad de afiliación, por lo que en este caso no se alegó ni se acredito el dolo por parte la AFP y por el contrario se evidencia que el demandante suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria en el año 1994; refirió que se proporcionó una información completa y comprensible para la época tal y como lo confeso el actor, además de ello realizó traslados horizontales ratificando su permanencia en el RAIS al no haber existido por parte este inconformidad por ausencia de información; señaló que en lo referente al traslado de gastos de administración la Superintendencia Financiera ha indicado que cuando proceda la ineficacia los únicos dineros a retornar serán los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, esto de conformidad con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado de Protección S.A., interpuso recurso de apelación parcial en lo referente aun cuando no fue expresa en la parte resolutiva los aportes que deben trasladarse; al considerar que ha sido el legislador que ha facultado a las AFP en torno a efectuar la deducción o el cobro de los gastos de administración con cargo a los aportes obligatorios de los afiliados como compensación de estos por la gestión de los recursos, prueba de ello son los rendimientos generados a través de los años, por lo que ordenar dichas condenas no solamente se está en contra vía las disposiciones normativas

sino que se está constituyendo un perjuicio en contra del entidad, generándose un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante y de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

> ***la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 7 de abril de 1994.

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando el numeral tercero de la decisión para ordenar el traslado por parte de Porvenir S.A y Protección S.A., a devolver los valores utilizados en gastos de administración y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de noviembre de 2021, en el sentido de **ORDENAR** a Porvenir S.A y Protección S.A., a devolver los valores utilizados en gastos de administración y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo.

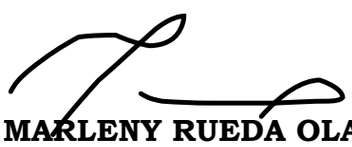
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **JOSE RICARDO GÓMEZ RUIZ** CONTRA **TRANSPORTADORA MERCANTIL S.A.S.**

RADICADO: 11001 3105 024 2018 00333 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de agosto de 2021, en la que se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de una relación laboral entre las partes, que la empresa demandada había incumplido con el pago de su liquidación laboral, que tuvo la necesidad de renunciar ante el acoso que sufría en la compañía y que la bonificación de $600.000 que recibía en forma habitual constituía salario, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de la liquidación, indemnización por despido indirecto, bonificación habitual, reajuste de salarios y reajuste de los pagos de seguridad social, ya que la bonificación excede el 40%, al pago de aportes de seguridad social de los años 2011 a 2013 y de la indemnización moratoria de que trata el articulo 65 del C.S.T.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el 9 de abril de 2009, se vinculó mediante contrato de trabajo con la demandada; la asignación básica que devengaba ascendía a un SMMLV y adicionalmente recibía una bonificación con promedio mensual de $600.000; que el 10 de septiembre de 2012, al estar descargando un vehículo sufrió una caída que le produjo una lesión que le hizo imposible el cumplimiento de sus labores; que hasta el 29 de mayo de 2013, fue afiliado a la ARL Positiva Compañía de

Seguros S.A.; que el 24 de enero de 2014, se presentó un deterioro notorio de su salud, no obstante, la empresa no le presto la ayuda necesaria y fue remitido a su casa, debiendo asistir a urgencias el 25 de enero de 2014, al perder el movimiento de sus miembros inferiores; que nuevamente expuso su situación a la empresa y al ver la negligencia y falta de colaboración de la misma, reportó su accidente de trabajo, siendo calificado por la JRCI que determino su origen como laboral; que el 28 de enero de 2014, la empresa remite una carta a Positiva, manifestando su inconformidad por el reporte de accidente de trabajo ya que la empresa no había autorizado el mismo; que después de ello, la representante legal de la demandada instauró una acción penal por falsedad ideológica; que renunció el 4 de agosto de 2017 y que fue liquidado con un salario inferior al que realmente devengaba antes del accidente.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Transportadora Mercantil SAS, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que al actor se le pagó la liquidación laboral y su seguridad social conforme a su salario, enfatizando en que no había lugar a reajustar el salario siendo que el mismo siempre obedeció al SMMLV

Propuso las excepciones de mérito que denominó: tránsito a cosa juzgada, mala fe y acciones temerarias del señor José

Ricardo Gómez Ruiz, falsedad ideológica en los documentos aportados al proceso por el señor Ricardo Gómez Ruiz, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe e innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de agosto de 2021, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

"(…)

PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad **TRASPORTADORA MERCANTIL LTDA** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante **JOSE RICARDO GOMEZ RUIZ,** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR probado los hechos sustento de excepción de cobro de lo no debido y parcialmente la de cosa juzgada propuesta por la pasiva, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO: DEVOLVER por secretaría al archivo de este Juzgado, el proceso con el rad. 11001310502420140060 2 al encontrarse digitalizado y anexado a estas diligencias, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la sociedad demandada, para lo cual se estiman como agencias en derecho la suma de $150.000, por secretaría liquídense en la oportunidad legal correspondiente.

QUINTO: REMITIR las diligencias a 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 parte demandante, en caso de no ser apelada oportunamente la presente decisión.

(…)"

Como fundamento de la decisión, el juzgado inició el análisis estudiando la excepción de cosa juzgada propuesta, comparando el proceso Rad. No. 2014 -0062, que se había tramitado en ese mismo despacho judicial y que había finalizado mediante conciliación, con el proceso actual con el proceso Rad. No. 2018 – 333, advirtiendo que si bien se presentaba una identidad de partes, no existía identidad de causa y objeto, pues aunque ambos proceso podrían tener

similitudes en cuanto al estado de salud del actor, lo pretendido en estos no se sustentaba en ello, resaltando que en el proceso primigenio (2014-0062) lo que se pretendió fue el reconocimiento y pago de horas extras y trabajo en tiempo suplementario mientras que en el proceso que ahora se analizaba se perseguía el reconocimiento de la naturaleza salarial de la suma de $600.000 cancelada por concepto de bonificación, solicitando la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al SGSS, no obstante, puntualizó que frente a la existencia de la relación de trabajo y específicamente su extremo temporal inicial, el mismo ya había sido dilucidado en época pretérita (17 de enero de 2011), por lo que no podía someterse a discusión por segunda vez, prosperando así de manera parcial la excepción de cosa juzgada (en cuanto al extremo inicial de la relación laboral).

Asimismo, se mencionó que no existía controversia respecto a que la relación laboral estuvo vigente hasta el 4 de agosto de 2017, conforme se desprendía de las diversas documentales allegadas al proceso, acto seguido procedió con el análisis de la reliquidación de las prestaciones sociales considerando como salarial la bonificación de $600.0000, indicándose que si bien en soporte se allegó certificación del 25 de octubre de 2013 y comprobantes de nómina del 1° de julio de 2013 al 31 de agosto de 2013, la testigo Lizeth Zea López, reconoció que a pesar de no estar autorizada suscribió dicha certificación por solicitud del demandante para que pudiera acceder a un crédito educativo a pesar de no ser cierto, apelando a la relación de amistad que tenían;

igualmente destacó la confesión efectuada por el demandante en el interrogatorio de parte en donde el actor reconoció que tanto la certificación laboral y los comprobantes de nómina fueron elaborados y entregados para el trámite de un crédito universitario en la entidad bancaria Av. Villas, además que en los registros de nóminas allegados por la demandada, se advertía que desde el año 2011 el actor percibía como remuneración una suma igual al SMMLV más el auxilio de transporte e indicó que la causación de la bonificación y su naturaleza tampoco era posible establecerla del cuaderno donde figuran los gastos incurridos por el actor en cada viaje de transporte,, absolviendo así de tales pretensiones.

Finalmente y en cuanto al despido indirecto, indicó que a pesar de comunicarse al empleador las razones por las cuales presentaba su renuncia, no se allegó al plenario soporte probatorio alguno que diera cuenta de una constante y sistemática persecución laboral o del maltrato de que fuera objeto en épocas coetáneas a la presentación de la renuncia, aludiéndose que la denuncia ante la fiscalía por si sola no acreditaba un acoso laboral, de suerte que ante la ausencia de pruebas y de inmediatez, declaró el fracaso de lo pretendido.

IV. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba

viable establecer la incidencia salarial de la bonificación reclamada por el actor y el consecuente reajuste en las prestaciones sociales y aportes al SGSS que ello generaría, así como, si en este caso resultaba procedente la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales y si se configuraba o no un despido indirecto y por tanto la indemnización respectiva.

En primer lugar, debe indicarse que en este caso la sala confirmara la decisión primera instancia por cuanto se cumplieron los presupuestos de cosa juzgada en la forma señalada por el a quo, no obstante, debe hacerse una acotación correspondiente a que los efectos de la cosa juzgada incluso abarcaban el tema salarial, pues de otra manera no podría entenderse que se hubiese conciliado sobre el reconocimiento y pago de horas extras y trabajo en tiempo suplementario si no hubiese un acuerdo sobre el salario ya que ello se requiere para poder establecer el valor de tales rubros, por lo que el salario no podría ser objeto de un nuevo debate ya que se trataría de un asunto ya zanjado.

Adicionalmente, se tiene que le asiste razón al aquo al haber desestimado el valor probatorio de la certificación expedida el 25 de octubre de 2013, en tanto que la misma se desvirtúa con lo expuesto por la testigo Lizeth Zea López, quien manifestó que expidió la certificación en razón a una consideración particular que tuvo con el actor y lo manifestado por el mismo demandante en el interrogatorio de parte absuelto, en donde aceptó que tanto la certificación

laboral y los comprobantes de nómina fueron elaborados y entregados para el trámite de un crédito universitario, nótese además que como de la planilla de los pagos realizados a los trabajadores de la compañía, se desprende que en el caso puntual del demandante este recibía un monto equivalente al SMMLV, sin que se allegara otro soporte del que se pudiera colegir la causación de la bonificación y su naturaleza salarial.

Igualmente, debe indicarse que no existe discusión en que la relación laboral sostenida entre las partes finalizó el 4 de agosto de 2017, tal y como se desprende de las documentales allegadas, entre ellas, la carta de renuncia presentada por el actor, la cual sustentó en lo siguiente:

"(…)

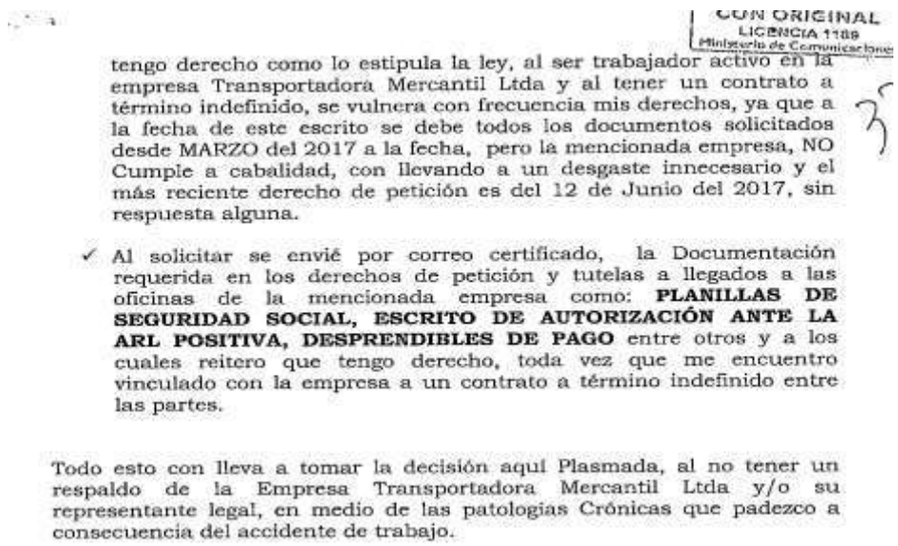
Yo, **JOSÉ RICARDO GÓMEZ RUIZ**, identificado con documento de identidad N° 79.532.226. Expedida en Bogotá D.C., y actual empleado del área **SUPERVISOR,** deseo comunicar mi **RENUNCIA MOTIVADA** a esta empresa.

El motivo por el cual he decidido no continuar laborando en **TRANSPORTES MERCANTIL LTDA.**, se debe al acoso laboral del que soy victima constantemente, por la mencionada empresa, desde el día de mi accidente laboral esto es el 24 de Enero del 2014.

HECHOS RELEVANTES:

- ✓ El día 02 de Septiembre del año 2014, el represente legal, Sr. Pablo Enrique Benitez Garcia, en su sed de venganza por haber reportado el accidente de trabajo ante la ARL POSITIVA, atenta contra mi integridad física y moral con palabras o eses y vulgares, el cual fue necesario colocar en conocimiento de las autoridades competentes en su momento, con querella N° 2921, en la estación de policía del Tequendama (Bosa), cuando se entero que reporte mi accidente de trabajo, la empresa envía un Escrito el 28 de Enero del 2014, **ENGAÑANDO**, a la **ARL POSITIVA,** por que según la empresa no había autorizado hacer dicho reporte.
- ✓ El día 06 de Febrero del año 2015, la represente legal Suplente, instauro denuncia penal en mi contra, siendo archivado el proceso por la fiscalía General de la Nación al No tener prueba alguna de los delitos que me imputo la mencionado empresa.
- ✓ El día 26 de Febrero del año 2015, la representante legal Suplente, me informa por escrito que no va a reconocer las vacaciones pendientes que porque yo las podía disfrutar en tiempo, a sabiendas de que yo estaba incapacitado por accidente de trabajo.
- ✓ En reiteradas ocasiones por medio de derechos de petición y Tutelas le he solicitado, respetuosamente a la empresa Transportadora Mercantil Ltda y/o en cabeza de Su representante Legal,

  No Vulnere más mis derechos como empleado, toda vez que se mendiga los documentos solicitados en los escritos presentados o a su vez esperar un fallo de tutela, cuando la realidad es que estos documentos a los cuales hago mención.,



COPIA CON ORIGINAL
LICENCIA 1188
Ministerio de Comunicaciones

tengo derecho como lo estipula la ley, al ser trabajador activo en la empresa Transportadora Mercantil Ltda y al tener un contrato a término indefinido, se vulnera con frecuencia mis derechos, ya que a la fecha de este escrito se debe todos los documentos solicitados desde MARZO del 2017 a la fecha, pero la mencionada empresa, NO Cumple a cabalidad, con llevando a un desgaste innecesario y el más reciente derecho de petición es del 12 de Junio del 2017, sin respuesta alguna.

✓ Al solicitar se envié por correo certificado, la Documentación requerida en los derechos de petición y tutelas a llegados a las oficinas de la mencionada empresa como: **PLANILLAS DE SEGURIDAD SOCIAL, ESCRITO DE AUTORIZACIÓN ANTE LA ARL POSITIVA, DESPRENDIBLES DE PAGO** entre otros y a los cuales reitero que tengo derecho, toda vez que me encuentro vinculado con la empresa a un contrato a término indefinido entre las partes.

Todo esto con lleva a tomar la decisión aquí Plasmada, al no tener un respaldo de la Empresa Transportadora Mercantil Ltda y/o su representante legal, en medio de las patologías Crónicas que padezco a consecuencia del accidente de trabajo.

(…)".

Verificadas las razones aducidas por el actor en la renuncia, se observa que las mismas presentan alguna o varias de las falencias que a continuación se exponen: i) no se precisaron con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de la conducta; ii) no se encuadran en algunas de las conductas establecidas en la Ley 1010 de 2006, ni tampoco en las establecidas en el literal b del articulo 62 del C.S.T. y iii) carecen de la mediatez necesaria para determinar que las razones aducidas conllevaron a la renuncia del trabajador.

Asimismo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencias como la SL2412-2016, se pronunció respecto al despido indirecto, en los siguientes términos:

"(…)

El contrato de trabajo, puede terminar previamente a la fecha prevista por las partes para su finalización, vía del mutuo acuerdo o por decisión de una de las partes y, en este último evento, lo puede ser con justa o sin justa

causa, denominándose despido, cuando así lo determina el empleador y, renuncia, cuando quien adopta la decisión es el trabajador.

Empero, existen ocasiones en la que pese a que es el trabajador quien toma la determinación de dar por terminado el vínculo laboral, se habla de despido –indirecto-. Ello tiene ocurrencia cuando el empleador ha incurrido en conductas que se enmarcan dentro de las taxativamente señaladas en el lit. b del art. 62 del CST y, a consecuencia de ello, el trabajador se ve forzado a concluir su contrato laboral de manera anticipada.

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos legales, no solo es necesario que tal decisión obedezca a los motivos consignados, en principio, en la ley, sino que ellos, deberán ser necesariamente comunicados de manera clara, precisa y por escrito al empleador.

Adicionalmente, las razones que justifican esa terminación, deben ser expuestas con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a tal terminación.

Y es que en realidad, la decisión de finiquitar el vínculo contractual en esas condiciones debe realizarse dentro de un término prudencial, razonable, de suerte que no exista duda de que el motivo que se alega como originario del mismo, en realidad lo es; es decir, que se evidencie el nexo causal entre uno y otro, lo que lógicamente, no implica que el despido indirecto deba darse de manera inmediata o coetáneamente con el hecho generador del mismo.

No obstante, lo anterior, eventualmente pueden ocurrir situaciones en que resulte imposible cumplir con ese postulado de término razonable y, en tales eventos, le corresponderá, precisamente al trabajador, demostrar que dicha dilación no fue injustificada.

(…)".

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ MARY ESQUIVEL CORDERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 024 2020 00192 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuso por las apoderadas de Protección y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de febrero de 2023.

En esta instancia los apoderados de Colpensiones y la parte demandante presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual, junto con sus rendimientos, intereses y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada y cotizó en pensiones inicialmente al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; que se trasladó a la AFP Santander hoy Protección S.A., sin que dicho fondo privado le hubiera proporcionado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2005, parágrafo transitorio No. 4; Artículos 17, 36 y 141 de la ley 100 de 1993, artículos 4° y 9° de la Ley 797 de 2003; artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del año ídem; Sentencias expedidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314 y del 22 de Noviembre de 2011 radicación 33083. Radicación 42289, del 05 de junio de 2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto jurídico de traslado es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, de conformidad con el formulario de afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por Protección S.A de manera libre y voluntaria circunstancia que valida la afiliación en dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI Generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa

para pedir, presunción de legalidad de actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora LUZ MARY ESQUIVEL CORDERO al RAIS a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. efectuada el 12 de septiembre de 1997 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora LUZ MARY ESQUIVEL CORDERO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MARY ESQUIVEL CORDERO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la señora LUZ MARY ESQUIVEL CORDERO, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*
>
> *QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.*
>
> *SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.*
>
> *SEPTIMO: En caso de no apelarse la presenten sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de

proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Protección S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial, en lo referente a la condena de trasladar los dineros correspondientes a los gastos de administración con destino a Colpensiones, en virtud de que son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes; dichos emolumentos se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que generó la cuanta de ahorro de la demandante durante todo el tiempo que la misma estuvo vinculada con la AFP, sin que tengan vocación financiar la pensión de vejez; por lo que de proceder la declaratoria de ineficacia solo debería trasladarse los aportes y rendimientos, toda vez que la rentabilidad del RAIS supera al RPM, por lo que se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa; resaltando por otro lado que tales emolumentos se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que cada caso debe realizarse conforme las características propias y en el presente asunto de conformidad con las pruebas practicadas en el proceso, no se logra establecer que haya existido un vicio en el consentimiento al momento en que decide efectuar el traslado al RAIS; resaltando que en el momento en que la demandante decide retornar al RPM ya se encontraba en la imposibilidad legal de efectuarse dicho traslado, sin que sea beneficiaria del régimen de transición; en consecuencia solicitó revocar la sentencia de instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del*

traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 12 de septiembre 1997.

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

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

efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

> *"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*
>
> *De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ABEL FRANCISCO PAEZ SANCHEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 028 2021 00572 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de julio de 2023.

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

COLPENSIONES., manifestó que una vez revisado el formulario de afiliación y traslado firmados por el demandante, suscritos bajo la gravedad del juramento, en los mismos se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad; por lo que la afiliación de actor al RAIS se realizó con el lleno de los requisitos legales y en las oportunidades legales, sin que manifestara su deseo de retractarse de las mismas.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que el traslado efectuado por el demandante al RPM al RAIS se

realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con Porvenir, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones debidamente indexado y con cargo de sus propios recursos, los valores cobrados por concepto de gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y las cuotas que financian la garantía de pensión mínima, rendimientos financieros y bono pensional.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 20 de diciembre de 1967; que desde el año 1989 fue afiliado al Instituto de los Seguros Sociales; que en el año 1996 se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el Código Civil, la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, la Ley 797 de 2003, los artículos 82 al 84 Código General del Proceso; la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010; la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 de 2016 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018, 4989 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad,

cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que en el expediente se observa la voluntad dada de manera libre en aplicación al literal b, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, 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, declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de julio de 2023, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ABEL FRANCISCO PÁEZ SÁNCHEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de enero de 1996, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales o cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ABEL FRANCISCO PÁEZ SÁNCHEZ identificado con C.C. 79.453.573, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado, discriminando con sus respectivos valores el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante con cargo a sus propios recursos, y con destino a COLPENSIONES.*
>
> *TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*
>
> *CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*
>
> *QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de $1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.*

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

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

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de instancia, al considerar que no existen las razones para que se declare la ineficacia de traslado de régimen pensional, es de conformidad con los argumentos expuestos por el demandante y formulario suscrito, donde consta que dicho traslado se efectuó de manera voluntaria y con el acompañamiento de asesor que brindó información; resaltó que la motivación principal del demandante no radica en cómo se afilió con la AFP sino que su inconformidad se da frente a un incumplimiento de una expectativa en cuanto al eventual monto pensional que recibiría bajo el RAIS, existiendo para los afiliados un deber mínimo de diligencia; por otro lado, refirió que en caso de confirmarse la sentencia de instancia solicitó se revoque la condena de trasladar a Colpensiones lo descuentos legales realizados por conceptos de gastos de administración, prima de seguros previsionales y bono pensional esto en virtud de que los mismos se encuentran contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que también se realizan en el RPM, por lo que dicho monto no financia la pensión de vejez; indicó que en lo referente a que dichos emolumentos sean trasladados de manera indexada, si bien se busca que los mismos no sean devaluados por el paso del tiempo, dicho detrimento se puede resarcir con el traslado de los rendimientos que se ocasionaron por la administración de la AFP, lo que generaría un doble pago y un enriquecimiento sin justa causa

a favor de Colpensiones; por ultimo solicitó se revoque la condena en costas impuestas, toda vez que obro de buena fe.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no se logró probar vicios de consentimiento del error y dolo al momento de realizar el traslado de régimen pensional en el año 1996 conforme a derecho de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, adicional a ello, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión, medida adecuada y necesaria que busca evitar la descapitalización del fondo común del RPM; por otro lado, solicitó se revoque la condena en costas teniendo en cuenta que Colpensiones actuó de buena fe.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en*

las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 21 de diciembre de 1995.

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente

indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por las entidades demandadas en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ESPERANZA GONZALEZ RODRIGUEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

RADICADO: 110013105 033 2019 00020 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Skandia y Porvenir y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de julio de 2023.

En esta instancia los apoderados de Colpensiones, Old Mutual, Porvenir S.A y la parte demandante presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir, Protección S.A, Colfondos S.A y Old Mutual y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última AFP

trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 28 de agosto de 1960; que inició su vida laboral el 2 de mayo de 1979, cuando laboró para Procesar Limitada; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales; que se trasladó en enero de 1996 a Protección S.A y posteriormente a Colfondos S.A., Porvenir S.A., Old Mutual; sin que los fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 13,48,53 de la Constitución Política; los artículos 1502, 1505,1510,1740,1741,1742 y 1746 del Código Civil; el artículo 97 del Decreto 663 de 1993; el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 33083 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual, al firmar el formulario de afiliación con la AFP Protección de manera libre, consciente y voluntaria, así como también se encuentra inmersa en la prohibición dispuesta en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

OLD MUTUAL, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP si brindo al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, no se presenta presupuestos para el traslado, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación, pago, nadie

puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto jurídico de traslado se encuentra valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación, reconocimiento de restitución mutua y la genérica.

COLFONDOS S. A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se allanó a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del Código General del Procesos, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.PT y de la S.S.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, por lo que en consecuencia, se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de julio de 2022, el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por la demandante ESPERANZA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*
>
> *SEGUNDO. ORDENAR a OLD MUTUAL - SKANDIA a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación de la actora en el Régimen de Prima Media, y recibir los dineros que le fueren trasladados.*

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas en sus contestaciones.

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de Colpensiones, Old Mutual – Skandia, Protección S.A. y Porvenir S.A., tásense las agencias en derecho en un (01) SMLMV a cada una de ellas.

QUINTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIAN DE PENSIONES –COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L."

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha explicado el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones desde su creación y ha sido más exigente desde su creación identificándose tres etapas 1993 a 2009, el segundo de 2009 a 2014 y el ultimo de 2014 en adelante, de allí que desde el inicio le haya correspondido a la AFP dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarraría el cambio de régimen so pena de declarar la ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Old Mutual S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que no se dan los presupuestos para que se declarara la ineficacia de la afiliación, teniendo en cuenta que no se observa que los fondos privados hayan incurrido en un error u omisión alguna al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional y los posteriores traslados horizontales, pues al contrario se han dado todos los requisitos y presupuestos facticos y jurídicos para que la afiliación de traslado tenga eficacia jurídica , ratificándose de esta manera su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, sin que se evidencia prueba de algún interés por parte de la demandante de retornar al RPM.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar, que para la fecha en que se presentó el traslado de régimen de la demandante con el RAIS se cumplieron con las obligaciones que se encontraban vigentes para dicho momento, esto es 1.) la información sobre los derechos y obligaciones; 2.) sobre la posibilidad de solicitar asesoría contratación de retas vitalicias 3.) las responsabilidades de estas por perjuicios que por culpa leve se ocasionen; por otro lado, señaló que debe

revisarse el interrogatorio absuelto por la demandante, toda vez que en su declaración informó que recibió asesoría al momento del traslado por el personal Davivir hoy Protección; resaltando que existen traslados horizontales lo que da cuenta de que la parte actora si conocía las ventajas, condiciones y requisitos de los regímenes pensionales, por lo que el deber de información se encuentra probado; refirió que en lo referente a la condena en costas interpone recurso de apelación, con fundamento en que la AFP no fue el fondo que recibido inicialmente el traslado de la demandante, ni tampoco es el fondo que en la actualidad tiene los ahorros pensionales de la señora Esperanza González, máxime cuando no hay una condena en su contra; en consecuencia solicitó se revoque la sentencia de instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Davivir hoy Protección S.A., el 31 de enero de 1996.

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Porvenir S.A, Protección S.A, Colfondos a devolver los gastos de administración a órdenes

de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la afiliada en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de julio de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A, Protección S.A, Colfondos., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA GONZALEZ POBLADOR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 034 2021 00165 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colfondos y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de junio de 2023.

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

PORVENIR S.A., manifestó que la AFP siempre garantizó los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, el cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por su parte COLPENSIONES., manifestó que el traslado a la fecha goza de plena validez, siendo el traslado de régimen una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuanto le

faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, esto de conformidad con el artículo 107 de la ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., así como también la efectuada a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidas las comisiones y los rendimientos, a que hubiere lugar.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 12 de junio de 1965; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el 3 de septiembre de 1996, cotizando un total de 426.289 semanas; que el 1 de febrero de 1997 se trasladó a Porvenir S.A y posteriormente el 1 julio de 2002 a Colfondos S.A; sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo los artículos 2,5 y 25 del Código Procesal Laboral; los artículos 13 y 49 de la Constitución Nacional; los artículos 1502, 1508,1510,1740,1741,1742 y 1746 del Código Civil, la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados números 31989 de 2008, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la

afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación, pago, inexistencia e imposibilidad de devolver gastos de administración.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error falta al deber de informar por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento error, fuerza o dolo. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación de artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la demandante con la AFP fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de junio de 2023, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por MARTHA LUCIA GONZALEZ POBLADOR, del 1 de marzo de 1997, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. y el traslado horizontal verificado a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARTHA LUCIA GONZALEZ POBLADOR, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de administración o primas de seguro.*

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A, con motivo de la afiliación de MARTHA LUCIA GONZALEZ POBLADOR, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de las demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cobija a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la entidad no tuvo nada que ver con el negocio jurídico celebrado entre la demandante y las AFP Porvenir y Colfondos, toda vez que no existe injerencia alguna para que la demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional, así como tampoco se acercó a las instalaciones del ISS para asesorarse respecto de la decisión tomada, por lo que no debe ser Colpensiones quien deba asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de los fondos privados; resaltó que el RPM y el RAIS tienen diferente forma de distribución del aporte, por lo que han sido 25 años en donde la entidad no ha ayudado a financiar la pensión de la demandante, situación que afecta la sostenibilidad financiero del sistema pensional en caso de que la actora regrese al RPM, esto de conformidad con lo dispuesto por la Corte Constitucional; en consecuencia solicitó revocar la sentencia instancia por lo expuesto.

El apoderado de Colfondos interpuso recurso de apelación, con el propósito de que sea modificada de forma parcial la sentencia de instancia, en lo referente a la condena de retornar a Colpensiones la totalidad de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, rendimientos financieros específicamente comisiones, gastos de administración; al considerar que la responsabilidad debía ser compartida en proporción a los periodos de la vinculación de la demandante en cada una de las administradoras, en virtud de que Horizonte hoy Porvenir al momento del traslado Colfondos no trasladó dichos emolumentos a la AFP.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que*

> *«en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 1 de marzo 1997.

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Porvenir S.A, a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de junio de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA MARULANDA ROJAS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 035 2022 00560 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de junio de 2023.

En esta instancia se recibió alegato remitido por la apoderada de Porvenir S.A., que solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que la AFP en todas sus actuaciones se han realizado de conformidad con la voluntad de la parte demandante y su interés de pertenecer al RAIS.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió el 5 de marzo de 1993 al RPM; que con motivo de la publicidad y gestión realizada por fondos privados de pensiones se trasladó a Porvenir S.A., el 3 de noviembre de 2004, sin que al momento del traslado se le hubiese proporcionado una información completa, veraz, adecuada, suficientes y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20,48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 141, 106, 77, 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1564 de 2012, el artículo 897 del Código de Comercio y las sentencias de la Corte Constitucional con radicados 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta la inexistencia de vicio del consentimiento o causal de ineficacia en la afiliación realizada con la AFP. Propuso entre otras las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad,

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de junio de 2023, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación de 03 de noviembre de 2004, efectiva desde el 01 de enero de 2005, por MARTHA LUCIA MARULANDA ROJAS, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.*
>
> *SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante MARTHA LUCIA MARULANDA ROJAS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.*
>
> *CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A con motivo de la afiliación de MARTHA LUCIA MARULANDA ROJAS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES a cargo de la demandada, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.; liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1.000.000 por concepto de agencias en derecho. Sin costas para la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.*
>
> *SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 440 de 2021, SL 081 de 2021, SL 145 de 2021, se menciona que el fondo es quien debe demostrar que brindó la información. En sentencia como la SL 2207 de 2021, resaltó que no es suficiente la información que está en las leyendas de los formularios, sino que las AFP tienen la obligación del buen consejo que es el de informar adecuada y detalladamente a los cotizantes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la demandante se encuentra debidamente afiliada al RAIS con la AFP Porvenir a partir de noviembre de 2004, realizando el traslado conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiera ejercido alguna presión o coacción, en su lugar la decisión tomada por la actora fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria, encontrándose en dicha oportunidad ante una mera expectativa pensional la cual no constituye derecho; resaltando que solo hasta noviembre de 2022 cuanto ya tenía más de 15 años presentó ante Colpensiones la solicitud de traslado de régimen pensional, lo que evidencia que a lo largo de la afiliación estuviera conforme con administración de su derecho pensional por parte de la AFP; en consecuencia solicitó se revoque la sentencia de instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*
>
> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de*

> *pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*
>
> *Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir,* ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

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

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

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 3 de noviembre de 2004.

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

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

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en

cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando el numeral segundo de la decisión en el sentido de condenar a Porvenir S.A a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la afiliada en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de junio de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR **GUILLERMO EDUARDO CAMACHO HERRERA** CONTRA **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA Y CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACION COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ASDAC CAXDAC.**

RADICADO: 11001 3105 037 2019 00865 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de octubre de 2021. La

sentencia absolvió a los demandados de todas las pretensiones formuladas.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y se acceda a la reliquidación de la pensión considerando los factores reclamados.

En esta instancia se allegaron alegatos por las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se ordenara a Avianca S.A. a efectuar la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el factor salarial de viáticos por alojamiento desde la fecha del reconocimiento pensional efectuada por Caxdac hasta la actualización de la mesada, subsidiariamente, reclama que se condene a Avianca S.A. a actualizar, reportar y pagar con destino a Caxdac el cálculo actuarial o el valor diferencial que correspondía al concepto de factor salarial de viáticos por alojamiento causados en el último año de servicios antes del reconocimiento pensional y se proceda a efectuar la reliquidación de la pensión.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que trabajo para Avianca S.A., desde el 21 de enero de 1985 al 15 de febrero de 2019, en el cargo de piloto A-330; que se le pagaba por sus servicios un salario variable que estaba compuesto por los conceptos descritos en la cláusula 91 de la Convención Colectiva de Trabajo, más

otros factores de naturaleza salarial como los viáticos que la empresa le cancelaba en forma permanente; que el salario que se le pagó no incluía el pago de los viáticos por alojamiento pese a que tal concepto estaba determinado en la CCT; que el 31 de julio de 2003, Caxdac lo pensionó teniendo como referencia el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios arrojando una mesada inicial de $6.640.000, mesada que fue limitada a los topes que imponía el artículo 18 de la Ley 100 de 1993; que la pensión reconocida no podía ser limitada ya que el actor hacia parte de los beneficiarios del régimen de transición de los aviadores civiles de que tratan los artículos 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994, este último modificado por el artículo 1 del Decreto 1302 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Caxdac, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que lo pretendido hacía alusión a una entidad diferente de mi representada, precisando además que el pedimento tenía que ver con circunstancias fácticas que se circunscriben de manera exclusiva a la relación existente entre trabajador y empleador además que la pensión se reconoció sobre el tope máximo legal permitido.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, buena fe, prescripción, sostenibilidad financiera de caja de auxilios y de prestaciones de la

asociación colombiana de aviadores civiles Caxdac, principio de legalidad en aplicación del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, a favor de Caxdac y genérica.

Avianca S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que no había un mayor valor a reconocer por cuanto la pensión reconocida por Cadax fue reconocida en debida forma, en razón a que se efectuaron los aportes teniendo en cuenta el salario devengado por el actor incluyendo los viáticos según la incidencia salarial que tenían, aludiendo además que los viáticos se reconocieron conforme a lo pactado en la CCT de acuerdo con los criterios de tiempo y geografía y que la pensión de jubilación reconocida con cargo a recursos parafiscales por parte de Caxdac fue reconocida en el tope máximo legal aplicable, aludiendo que dicha pensión como todas las reconocidas por administradoras del RPM están sujetadas a las reglas de topes y por ello así se indicó en la comunicación de reconocimiento.

Propuso las excepciones de prescripción, pago, pensión reconocida con el tope legal, la naturaleza de los beneficios convencionales recibidos por la trabajadora, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y genérica o innominada.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción propuesta por la demandada AEOVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA denominada pensión reconocida con el tope legal aplicable a las pensiones de jubilación reconocidas por administradoras de prima media con prestación definida como lo es CAXDAC, por las razones ya expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas AROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA y la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACION COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES CAXDAC de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra invocadas por el demandante capitán GUILLERMO EDUARDO CAMACHO HERRERA, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante el señor GUILLERMO EDUARDO CAMACHO HERRERA, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandante el señor GUILLERMO EDUARDO CAMACHO HERRERA a favor de las demandadas. Se fija como agencias en derecho la suma de $100.000

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que no era objeto de discusión que el empleador Avianca S.A., realizó cotizaciones por el tope máximo exigido para el reconocimiento de la prestación conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, por lo que el asunto se centraba en establecer si era posible superar esos topes fijados por el legislador en razón a que el demandante era beneficiario del régimen de transición contemplado en el decreto de 1282 de 1994, conforme al cual los aviadores civiles tendrían el derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el decreto 60 en 1973 (20 años de servicios y 75% del promedio de lo devengado en el ultimo año de servicios).

Asimismo, mencionó que si bien de la interpretación literal de la norma podría resolverse en forma positiva lo pretendido se apartaba de ese entendimiento ya que no podía efectuarse un desconocimiento de las reglas propias de la Seguridad

Social, como lo fue el límite impuesto a las cotizaciones, aludiendo que conforme a la jurisprudencia de la corte el régimen de transición respetaba edad, tiempo de servicios – semanas cotizadas – monto, por lo que no podría entenderse excluido el empleador en la aplicación de las normas propias del SGSS, como lo era el articulo 18 de la Ley 100 de 1993, destacando que además no podía obviarse que a pesar de que el demandante era beneficiario de la transición laboró en vigencia de dicha norma y su empleador contó con una disposición legal de obligatorio cumplimiento, por lo que no podrían desconocerse los topes de cotización como normas reguladoras, aludiendo que lo anterior permitía dar por acreditada la excepción interpuesta de pensión reconocida con el tope legal, decisión que impactaba de manera directa, los problemas jurídicos a resolver.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que si bien la ley 100 de 1993, reguló de manera generalizada y unificó los diferentes regímenes pensionales también era cierto que unos pocos fueron excluidos, entre ellos el régimen de los aviadores civiles, conforme se determinó en el decreto 1282 de 1994, es decir, que a tales trabajadores no les era aplicables las previsiones de la ley 100 de 1993, incluidas las cotizaciones y formas de

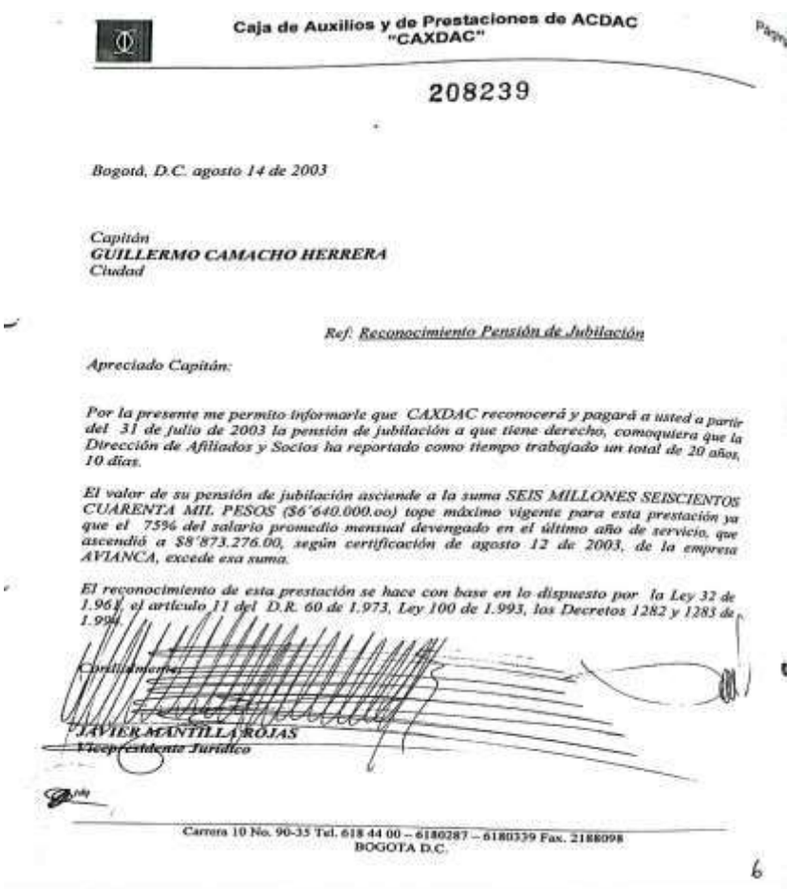
reconocimiento pensional, por lo que la discusión no debió terminar en cuanto a los topes establecidos, siendo pacífica la posición de la C.S.J., S.C.L., en cuanto a que el sistema general de pensiones contemplado en la Ley 100 de 1993, aplicaba a los aviadores civiles con excepción de quienes estuvieran cobijados por el régimen de transición como podía apreciarse en las sentencias SL658-2015, SL11382-2014.

Asimismo, mencionó que de vieja data se venía estableciendo que los beneficios de un régimen de transición se concretaban justamente en respetar todas las garantías, por lo que no había manera de aplicar unos topes que no estaban consagrados en la norma aplicable (Decreto 60 de 1973) y que sobre el tema ya se había pronunciado la sentencia C-285 de 2003, por lo que si era viable entender que los viáticos por alojamiento sí podrían ser estudiados para obtener una reliquidación.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable la aplicación de los topes máximos de cotización contemplados en el articulo 18 de la Ley 100 de 1993, siendo beneficiario del régimen de transición establecido en el Decreto 1282 de 1984 y por tanto del reconocimiento pensional en los términos del Decreto 60 de 1973 y se analizará si resultaba procedente la reliquidación de la pensión considerando la inclusión de los viáticos por alojamiento como factor salarial.

En primer lugar, debe indicarse que no es objeto de controversia que al señor Guillermo Eduardo Camacho Herrera, le fue reconocida la pensión conforme a los parámetros establecidos en el Decreto 60 de 1973 en aplicación del régimen de transición previsto en el Decreto 1282 de 1994, como se colige de lo expuesto en la comunicación de reconocimiento pensional, que a continuación se trae a colación:



Caja de Auxilios y de Prestaciones de ACDAC
"CAXDAC"

208239

Bogotá, D.C. agosto 14 de 2003

Capitán
GUILLERMO CAMACHO HERRERA
Ciudad

Ref: Reconocimiento Pensión de Jubilación

Apreciado Capitán:

Por la presente me permito informarle que CAXDAC reconocerá y pagará a usted a partir del 31 de Julio de 2003 la pensión de jubilación a que tiene derecho, comoquiera que la Dirección de Afiliados y Socios ha reportado como tiempo trabajado un total de 20 años, 10 días.

El valor de su pensión de jubilación asciende a la suma SEIS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($6'640.000.oo) tope máximo vigente para esta prestación ya que el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicio, que ascendió a $8'873.276.00, según certificación de agosto 12 de 2003, de la empresa AVIANCA, excede esa suma.

El reconocimiento de esta prestación se hace con base en lo dispuesto por la Ley 32 de 1.961, el artículo 11 del D.R. 60 de 1.973, Ley 100 de 1.993, los Decretos 1282 y 1283 de 1.994.

Cordialmente,

JAVIER MANTILLA ROJAS
Vicepresidente Jurídico

Carrera 10 No. 90-35 Tel. 618 44 00 – 6180287 – 6180339 Fax. 2188098
BOGOTA D.C.

6

Ahora y si bien el **artículo 1° del Decreto 1282 de 1994**, establece que el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993 "(…) *se aplica a los aviadores civiles, con excepción de quienes estén cobijados por el régimen de transición y las normas especiales previstas en el presente decreto"* y luego se explica en el **artículo 4 ibidem** (Modif.

artículo 1° del Decreto 1302 de 1994) que *"Los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, a cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac. Así mismo, se mantendrán las condiciones de valor y monto máximo de la pensión anteriormente aplicables, es decir, el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.",* no puede desconocerse que en el **artículo 9 ibidem**, se precisó que ***"La base y el monto de las cotizaciones de los aviadores civiles activos será el definido en los artículos 18 y 20 de la ley 100 de 1993".***

Como se observa, la propia normativa especial establece como aplicable el límite o topes de cotización contemplados en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993; nótese como en el **artículo 1° del Decreto 1283 de 1994**, se indicó *"La entidad administradora del régimen de transición de los aviadores civiles definido en el Decreto 1282 de 1994, lo mismo que del régimen de pensiones especiales transitorias contenido en el artículo 6o. de dicho decreto, será la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles, ACDAC, denominada "CAXDAC"* y acto seguido se estipuló en el **artículo 3 ibidem**, "*Las reservas de jubilación de Caxdac, están destinadas al pago de obligaciones pensionales generadas antes de la vigencia de este Decreto y las nuevas pensiones de jubilación que le corresponde administrar dentro del régimen de transición"* mencionándose en ese mismo

artículo que tales reservas pensionales estarían conformadas entre otras *"c) Por las cotizaciones a cargo de las empresas y/o empleadores y de los afiliados, conforme a la Ley 100 de 1993 (…)".*

Sin que de este modo quede duda acerca de la aplicación del artículo 18 de la Ley 100 de 1993[1]; adicionalmente conviene mencionar que en criterio de esta Sala tales previsiones aplican para todos los sectores sociales siendo que conforme se tiene sentado por nuestro órgano de cierre en tratándose del régimen de transición, la protección relacionada al monto de la pensión, se contrae es a lo relacionado con la tasa de reemplazo; igualmente no puede pasar desapercibido que la Corte Constitucional en sentencia SU050-2022, respecto al tema de topes pensionales en otro régimen especial, indicó:

> *"La Corte recordó que "los topes pensionales han sido una constante en el ordenamiento jurídico, resultaría contradictorio que, por ejemplo, una autoridad judicial interprete que una mesada pensional por el hecho de ser especial, tiene una cuantía ilimitada. En todo caso, esta Corporación ha señalado que 'en caso de que las normas especiales de tales regímenes no dispusieran un límite cuantitativo para las mesadas, debía aplicarse el tope señalado en las reglas generales, específicamente en la Ley 100 y las disposiciones que la modifican en lo pertinente'" Asimismo, tras recapitular*

---

[1] *"ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. <Inciso 4. y parágrafos modificados por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.*

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992.

El límite de la base de cotización será de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes para trabajadores del sector público y privado. Cuando se devenguen mensualmente más de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes la base de cotización será reglamentada por el gobierno nacional y podrá ser hasta de 45 salarios mínimos legales mensuales para garantizar pensiones hasta de veinticinco (25) salarios mínimos legales.

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario.

En todo caso, el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión.

(…)".

sobre las reglas fijadas en la sentencia C-258 de 2013, sostuvo que "[l]a garantía a los derechos adquiridos exige respetar el derecho a la pensión y la prerrogativa de acceder a esa pensión dentro de un régimen especial, incluso si esto significa que las mesadas son superiores a las generales, siempre que no superen los 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes". Al resolver el caso concreto, la Sala juzgó legítima la determinación de la entidad accionante al reajustar automáticamente la mesada del pensionado al tope de 25 smlmv y advirtió que, por el contrario, las decisiones jurisdiccionales acusadas habían sido desacertadas al considerar que la sentencia C-258 de 2013 no era aplicable a una pensión reconocida bajo el Decreto 546 de 1971 y causada antes del 31 de julio de 2010 o del citado fallo de constitucionalidad, con lo que incurrieron en un desconocimiento del precedente y en un defecto sustantivo que ameritaba conceder la protección implorada.

Así las cosas, habrá de concluirse que cuando las normas especiales no dispusieran un límite cuantitativo para las mesadas aplican los topes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, en ese orden considerando el SMMLV para el año 2003, se tiene que el tope máximo para la fecha de reconocimiento ascendía a $8.300.000 (25 SMMLV conforme a la modificación realizada por el artículo 5 de la Ley 797 de 2003)y dado que la pensión fue reconocida por $6.640.000, habría lugar a analizar si era factible la inclusión salarial de los viáticos reclamados a efectos de reliquidar la pensión.

Sobre el particular lo primero que habría que indicarse es que atendiendo lo expuesto en el artículo 130 del C.S.T. (Modif. por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990) *"Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación".*

Igualmente, se tiene que la CCT suscrita entre Avianca S.A. y Caxdac 2001 – 2003, establece lo siguiente:

"CLAUSULA CIENTO VEINTE (120)

VIATICOS

En los casos de pernoctada, la empresa pagará el hotel, asegurando habitación privada para cada tripulante, en un lugar de primera categoría y este no podrá ser cambiado unilateralmente, suministrando el transporte correspondiente. Cuando la empresa no provea el hotel, reconocerá a sus tripulantes el valor pagado por éstos, por concepto de habitación.

(…)

Parágrafo:

El pago de viáticos, se hará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

1. Por ningún motivo se liquidará ni pagará una suma inferior a la programada originalmente excepto en los siguientes casos.

a) En caso de regreso antes de llegar a su destino, sustituto o alterno, luego de haber aterrizado en el territorio extranjero, se pagará solamente por permanencia real o por el descanso reglamentario, reconociéndose la suma que sea mayor.

b) Cuando la permanencia se disminuya a solicitud del Tripulante.

2. Se pagará de acuerdo con la permanencia del Tripulante fuera de la base si esta fuere mayor de la programada.

Se entiende por tiempo de programación para la liquidación de viáticos, el transcurrido entre la hora de llegada y la hora de salida consignados en la bitácora de vuelo."

Como se observa, en la norma convencional se tiene pactado lo relativo a viáticos generados por pernoctación "alojamiento", sin embargo, de lo expuesto en la misma no podría colegirse per sé que estos son reconocidos en forma permanente a los trabajadores, por lo que debe analizarse en cada caso particular la habitualidad con que estos son reconocidos y pagados.

Se alude por el actor que recibía viáticos por alojamiento en forma permanente, pero lo cierto es que el texto de la demanda no precisó en forma clara y concreta cuales fueron los días o fechas en que se causaron los mismos, como tampoco se indicó su valor, hechos cuya prueba era indispensable para demostrar los supuestos facticos de su pretensión.

En este aspecto debe reseñarse que la materia de la prueba y la carga de la misma debe acreditarse por los medios probatorios permitidos por la ley y autorizados por el juez. En este aspecto cabe reseñar que la procedencia del dictamen pericial está prevista en los siguientes términos:

> ***ARTÍCULO 226. PROCEDENCIA.*** *La prueba pericial es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y* ***requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.***

En el presente asunto la parte actora y el juez se equivocaron en la escogencia y decreto del medio probatorio para acreditar los viáticos por concepto de alojamiento, en cuanto el dictamen pericial no reúne los requisitos de procedencia y pertinencia, pues la materia del mismo es ajena a las contenidas en la disposición transcrita. En otras palabras, los supuestos facticos relacionados con la cantidad de viáticos por concepto de alojamiento y su valor, no requieren conocimientos científicos, técnicos o artísticos, que escapen a la órbita de conocimiento del juez.

Los restantes medios de prueba- los testimonios y el interrogatorio de parte – no acreditan el presupuesto factico requerido para la fijación del valor de los viaticos por concepto de alojamiento, pues si bien el representante de Avianca reconocio que no fueron tenidos en cuenta para fijar el IBL sobre el que se determino la mesada pensional, nada aporta sobre el valor de los mismos. Igual conclusion merecen las declaraciones recibidas pues si bien los testimonios dieron cuenta de la existencia de los viaticos y que su programacion

estaba a cargo de la empresa, nada aportaron sobre su cuantificación.

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de octubre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR **EMERGIA CUSTOMER CARE COLOMBIA SAS** CONTRA **SALUD TOTAL EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00704 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por Salud Total EPS S.A. contra el fallo proferido el 4 de junio de 2020, por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020

y remitido nuevamente el expediente a esta Corporación con la subsanación efectuada el 10 de mayo de 2023.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La empresa demandante pretendió que se ordenara a Salud Total EPS, el reconocimiento y pago de las incapacidades detalladas en los cuadros establecidos en el escrito de demanda por concepto de incapacidades expedidas a varios de sus trabajadores, junto con el pago de los intereses moratorios correspondientes.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa en esta acción, en que es una empresa cumplidora de sus deberes constitucionales y legales, de manera que cuando un trabajador presentaba una incapacidad o licencia procedía a cancelárselas y pese a ello y luego de haber elevado petición para el pago de las incapacidades estás no le han sido reembolsadas.

II. RESPUESTA DE LA DEMANDADA

Salud Total EPS S.A. no allegó contestación de demanda alguna.

III. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas en contra de Salud Total EPS, por

valor de $2.953.869, considerando las incapacidades que les fueron generadas a los trabajadores las que fueron pagadas por la accionante, a continuación procedió a analizar si se cumplía con los requisitos para acceder al pago de las prestaciones económicas: trámites administrativos para cobro ante EPS adelantados por el empleador; empleador haya cancelado prestación económica al trabajador; el trabajador este afiliado como cotizante; se cumpla con un mínimo de cotización de 4 semanas; exista oportunidad en el pago de aportes, luego de ello procedió con la liquidación de las incapacidades señalando que los 2 primeros días de incapacidad estaban a cargo del empleador, señaló que en estos eventos se debía analizar si se trataba de una prórroga de la incapacidad y que la incapacidad no podía ser liquidada con un IBL inferior al SMMLV.

IV. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

El apoderado de Salud Total EPS, solicito revocar la decisión de primera instancia considerando que: i) se registraron pagos al empleador de las siguientes incapacidades a) Yohana patricia de la Rosa (12/06/2017), b) Leidy Vanessa Sánchez (20/04/2017 – 27/04/2017), c) Erika Rivillas Gómez (13/04/2017 – 24/04/2017 – 04/05/2017 – 15/05/2017 – 25/05/2017) y d) Paula Juliana Agudelo Cruz (05/06/2017); ii) las siguientes incapacidades son mayores a 180 días: Paula Andrea Ruiz Rivera (26/05/2017) y Erika Rivillas Gómez (04/06/2017); iii) las siguiente incapacidades se registran sin valor dado que se evidenció un incremento de IBL sin allegarse evidencia por control interno: Jackeline Peláez Tamayo (23/05/2017 – 26/05/2017); iv) la siguiente trabajadora no

registra soportes de incapacidad Paula Andrea Ruiz Rivera (05/06/2017) y v) que Salud Total EPS no puede acceder al reconocimiento de la licencia de maternidad ya que la ADRES no accedería al reembolso de la prestación.

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso interpuesto, se abordarán los reparos presentados en el orden en que fueron propuestos:

- ✓ **Incapacidades con registros de pago**

Se señala en el recurso de impugnación presentado que se efectuaron pagos por la EPS de las siguientes incapacidades expedidas a) Yohana patricia de la Rosa (12/06/2017), b) Leidy Vanessa Sánchez (20/04/2017 – 27/04/2017), c) Erika Rivillas Gómez (13/04/2017 – 24/04/2017 – 04/05/2017 – 15/05/2017 – 25/05/2017) y d) Paula Juliana Agudelo Cruz (05/06/2017, lo cierto es que aunque se allegó archivo de Excel denominado consolidados de pago, en donde se registra que tales incapacidades fueron pagadas registrando Transferencia-Egreso - F. pago, no se allegaron los soportes pertinentes que acreditaran que en efecto las mismas fueron canceladas.

- ✓ **Incapacidades mayores a 180 días**

Se reclama por el recurrente que las siguientes incapacidades son mayores a 180 días: Paula Andrea Ruiz Rivera (26/05/2017) y Erika Rivillas Gómez (04/06/2017); al

verificar los soportes allegados, sin embargo, aunque en el consolidado de pagos allegado por la EPS demanda se registra que tale trabajadoras contaban con días acumulados de incapacidad correspondientes a 267 y 190, no se allegaron soportes o certificaciones que permitieran colegir que las incapacidades deprecadas en efecto eran superiores a 180 días y si bien obra el diagnóstico de rehabilitación de ambas trabajadores no es posible establecer que periodo de incapacidad se valoró y si tal concepto fue emitido dentro del periodo contemplado en el artículo 142 del decreto 019 de 2012.

- ✓ **Incapacidades sin valor**

Se reprocha que la incapacidad expedida a Jackeline Peláez Tamayo (23/05/2017 – 26/05/2017) se registró sin valor dado que se evidenció un incremento de IBL sin allegarse la evidencia, no obstante, aunque en el consolidado allegado se mencionó que tal incapacidad quedó pendiente de liberación por presentar incremento de IBL sin que hubiese respuesta del empleador, no se allegó el soporte de haber efectuado tal trámite y tampoco realizó el pago conforme al IBL habitual.

- ✓ **Inexistencia de soportes de incapacidad**

Verificados los soportes allegados con la demanda, se observa que contrario a lo sostenido por el recurrente, si obran soportes respecto de la incapacidad expedida a Paula Andrea Ruiz Rivera (05/06/2017), tal y como se colige del certificado No. 135178867 obrante en el expediente por 12 días.

- ✓ **Ausencia de cobertura de la ADRESS en el reconocimiento de la licencia de maternidad.**

Sobre el particular debe indicarse que contrario a lo señalado por el recurrente de lo expuesto en los artículos 14 y 20 del Decreto 4023 de 2011, se desprende que el Fosyga en su momento era quien tenía a cargo el reconocimiento de la licencia de maternidad, posteriormente, con la expedición de la Ley 1753 de 2015, el legislador creó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, como una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, cuyo objeto es la administración de los recursos que financian el aseguramiento en salud, asumiéndose por tal entidad las actividades desempeñadas por el Fosyga, debiéndose en este punto mencionar que el cobro de licencias de maternidad y paternidad en el régimen contributivo por parte de las EPS a la ADRES se encuentra reglamentado en el artículo 2.6.1.1.2.1.0. del Decreto 780 de 2016, por lo que no asiste razón al argumento expuesto, siendo que es claro que la EPS deberá asumir el pago de tales prestaciones y luego podrá efectuar ante la ADRES su recobro.

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a confirmar la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 4 de junio de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN** CONTRA **CAFESALUD EPS S.A y MEDIMAS EPS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00995 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderados de la Dian contra el fallo proferido el 19 de junio de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 21 de diciembre de 2020 y remitido nuevamente el expediente a esta

Corporación luego de la subsanación efectuada el 24 de abril de 2023.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La DIAN, pretendió que en su favor se ordenara el reconocimiento y pago de 2 incapacidades generadas por valores de $645.551 y de $289.385, a una de sus funcionarias, más los intereses moratorios generados desde la fecha del pago de la incapacidad y hasta que se realizara el reembolso a la tasa establecida en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002.

En sustento de sus pretensiones y para lo que interesa al asunto se indicó que la servidora pública Delty Daly Nieto Marín, utilizó los servicios médicos prestados por la CAFESALUD EPS, la cual le expidió 2 incapacidades, la primera expedida del 21 de mayo de 2015 al 18 de junio de 2015 (29 días) y la segunda expedida del 6 de mayo de 2015 al 20 de mayo de 2015 (15 días), las cuales le fueron reconocidas y pagadas a la funcionaria conforme consta en los soportes allegados, no obstante la EPS no pagó la incapacidad pese a que se le presentó requerimiento No. 100214375-157-2017 del 30 de marzo de 2017.

II. RESPUESTA MEDIMAS EPS S.A.

MEDIMAS EPS S.A., sostuvo que no había sido mencionada en las pretensiones de la demanda y si por la vinculación realizada la pretensiones estuvieran dirigidas a Medimás, se oponía a las mismas, por cuanto no era la legalmente obligada

a reconocer y pagar las obligaciones causadas cuando ni si quiera había iniciado operaciones, y que en todo caso tampoco hacían parte de las obligaciones delegadas por la Superintendencia Nacional de Salud a través de la Resolución No. 2426 del 19 de julio de 2017, mencionando que coadyuvaba la petición del accionante encaminada a que se ordenara como único responsable a Cafesalud EPS, siendo que la causación o fecha de origen de la incapacidad se dio en Cafesalud EPS. Propuso la excepción de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva.

III. RESPUESTA DE CAFESALUD EPS S.A.

Cafesalud EPS, se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto reconoció y pago las incapacidades generadas a la señora Delty Daly Nieto Marín, por 29 y 13 días, mediante pago de la factura ILM184118. Propuso las excepciones de carencia de objeto por hecho superado y genérica.

II. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, condenando a la suma de $20.678 con las actualizaciones monetarias correspondientes a cargo de Cafesalud EPS, señalado que no había controversia a dirimir frente al cumplimiento de los requisitos y la procedencia del reconocimiento de la incapacidad deprecada ya que Cafesalud manifestó haber cancelado las incapacidades por valor de

$2.528.371, aspecto que se confirmó por la parte actora en la respuesta suministrada al despacho aludiendo que se realizó un pago parcial por valor de $2.528.371 el día 7/10/2015 – 28/06/2017 sobre las incapacidades expedidas a la trabajadora.

Así entonces, se indicó que el objeto de la litis se centraba en la diferencia entre el valor reconocido por la EPS y el valor que la DIAN reconoció por concepto de incapacidades, precisándose que las prestaciones económicas se liquidaban con el salario y no con el IBC, así indicó que teniendo en cuenta el comprobante de nómina allegado se observaba que el salario devengado para el momento de la expedición de la incapacidad ascendía a $2.609.390, al efectuar la liquidación de 42 días de incapacidad dado que los primeros 2 eran a cargo del empleador ello arrojaba la suma de $2.549.049, generando un saldo pendiente por $20.678.

Tratándose de los intereses moratorios se indicó que para que estos fueran procedentes debía mediar requerimiento o radicado de la solicitud del titular del derecho señalándose que si bien se evidenciaba correos catalogados como cuenta de cobro a Cafesalud EPS sin que se evidenciara acuse de recibido por la EPS y tampoco era claro que la reclamación obedeciera a las incapacidades reclamadas en el proceso.

III. RECURSO DE IMPUGNACIÓN

La DIAN, impugnó la decisión, indicando que estaban de acuerdo e con el hecho de que se ordenara pagar una diferencia

a favor de la DIAN pero no con el valor autorizado, siendo que no estaba de acuerdo con la expresión de que el IBC no era lo mismo que salario, pues debía entenderse que todo pago hecho al trabajador sin importar el concepto o definición que se le diera hacía parte del salario por lo que no se encuentra incorrecto indicar que el IBC incluye otros factores que no son salariales, concluyendo que en este caso se desconoció la diferencia presentada por la bonificación por servicios prestados ($ 955.846), constitutivas de factor salarial en virtud del Decreto 1158 de 1994, realizando un pago por valor de $ 2.528.371 siendo lo correcto $ 3.441.200 y generando un saldo de $ 912.829, además señaló que el saldo del cobro fue reclamado mediante los oficios No. 100214375-157-2017 y 100214375-3620-2018, por lo que no era de recibo que se hubiese señalado que no se elevó reclamación de los intereses moratorios.

IV. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto, se abordará primero el estudio de lo que tiene que ver con la liquidación de la incapacidad y el valor en que se ordenó el reconocimiento por la Superintendencia.

Así las cosas, teniendo claridad en lo anterior se acudirá a lo dispuesto en el artículo 227 del C.S.T. que establece el valor en que se liquidará y pagará el auxilio por enfermedad, en los siguientes términos:

> ***ARTÍCULO 227. VALOR DE AUXILIO.*** *En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario*

hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

Por su parte, el artículo 2.2.5.5.13 del Decreto 1083 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Públic*a", respecto de las prestaciones económicas derivadas de las licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia maternidad o paternidad, señala lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.5.5.13 PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE LAS LICENCIAS POR ENFERMEDAD Y RIESGOS LABORALES Y DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD O PATERNIDAD. *<Artículo adicionado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Durante la licencia por enfermedad general o profesional, maternidad o paternidad el empleado tiene derecho a las prestaciones económicas señaladas en la normativa que las regula, las cuales estarán a cargo de la entidad de seguridad social competente.*

Cuando la licencia por enfermedad general sea igual o inferior a dos (2) días se remunerará con el 100% del salario que perciba el servidor. A partir del tercer día la licencia por enfermedad genera vacancia temporal en el empleo y se remunerará de conformidad con las normas de Seguridad Social en Salud."

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a los empleados públicos, frente al subsidio por enfermedad señala lo siguiente:

"Artículo 9º.- Prestaciones. *En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:*

a. *Económica, que consiste en el pago de un subsidio en dinero, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras (2/3) partes de dicho salario, durante los primeros noventa (90) días de incapacidad y la mitad del mencionado salario durante los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare.*

(…)"

De conformidad con la normatividad citada, se tiene que el reconocimiento económico que se realiza por concepto de incapacidades de origen común se liquida y paga teniendo en

cuenta, el salario devengado por el trabajador del sector público o privado.

Aclarado lo anterior y verificado los soportes probatorios allegados con la demanda se advierte que la licencia de enfermedad por la incapacidad expedida a la funcionaria Delty Daly Nieto Marín, se concedió mediante Resolución No. 3366 del 4 de agosto de 2016, allegándose el comprobante de pago del mes de agosto de 2015, en el que se registra sueldo completo, incentivo desempeño fiscali. y cobranzas y ajuste de licencia de enfermedad, sin que exista registro por bonificación de servicios, debiendo tenerse en cuenta que la autoridad administrativa accedió a las pretensiones teniendo en cuenta el reconocimiento que hizo Cafesalud sobre estás y atendiendo el comprobante de nómina para la verificación del salario.

En todo caso y en gracia de discusión, debe tenerse en cuenta que no es cierto como se refiere por el recurrente que todo pago efectuado al trabajador comporta salario, pues los elementos integrantes del mismo están contemplados en el artículo 127 del CST y se tiene adoctrinado por la C.S.J debiéndose considerar entre otras cosas la razón del pago y su continuidad, además que tratándose de entidades públicas su régimen salarial se encuentra expresamente regulado, por lo que así debió haberse acreditado.

En lo que tiene que ver con el pago de intereses moratorios, se tiene que si bien el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016 y el artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, contemplan el pago de intereses moratorios en el evento en que no se cancelen

las prestaciones económicas dentro de los términos allí estipulados, al encontrarse que el debate versó sobre una diferencia en el pago de la incapacidad no hay lugar a dicha condena, toda vez que al haberse reconocido en parte la prestación, no se le puede imputar dicha responsabilidad por todo el tiempo trascurrido a la EPS, cuando resulta reprochable la inactividad del accionante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, de fecha 19 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-018-**2019-00665-01**
Demandante: **LUZ STELLA AGUILLON**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

En Bogotá D.C. a los **23 DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, y de prórroga Acuerdo PCSJA 23-12084 de 28 de julio 2023, emanados del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones presentadas, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y demandada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

LUZ STELLA AGUILLON demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-,** para que previo el trámite

del proceso ordinario se declare que en su condición de cónyuge supérstite tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación de la condición más beneficiosa de SAUL AGUDELO RINCON (q.e.p.d.), desde el 10 de junio 2000, reajustes y mesadas adicionales, debidamente indexadas, en consecuencia se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante desde el 10 de junio de 2000, reajustes y mesadas adicionales de Ley debidamente indexadas hasta que se incluya en nómina, a pagar el respectivo retroactivo, intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, extra y ultra petita y costas.

En apoyo de las peticiones expuso que nació el 5 de mayo de 1955; el causante SAUL AGUDELO RINCON, el 17 de septiembre de 1951; el 18 de septiembre de 1971, contrajeron matrimonio por el rito católico en la Parroquia San Judas Tadeo de Corrales de la Diócesis de Duitama.-Sogamoso, el cual se registró el 18 de septiembre de 1971; el causante falleció el 10 de junio de 2000; que a partir de la fecha del matrimonio hasta la fecha del fallecimiento convivieron libre, voluntaria y continuamente bajo el mismo techo; que procrearon cuatro hijos actualmente mayores de edad, JOHANA MERCEDES, JOSE EDILBERTO, JOSE SAUL Y CARLO ALBERTO AGUDELO AGUILLON; según la historia laboral comenzó a efectuar aportes a pensión a partir del 3 de agosto de 1970; que cotizó 805.86 semanas; realizo aportes hasta el 31 de julio de 1998 como trabajador independiente; que en el año 2006 solicito al ISS hoy Colpensiones el reconocimiento y pago de la prestación económica de pensión de sobrevivientes; le fue negada a través de Resolución 47442 de 14 de noviembre de 2006; nuevamente el 16 de septiembre de 2017 presentó solicitud

de reconocimiento y pago de prestaciones económicas a la demandada Colpensiones; a través de resolución SUB251137 de 9 de noviembre de 2017 notificada el 21 de noviembre del mismo año, le fue negada por no acreditar la convivencia durante los últimos cinco años antes del fallecimiento de SAUL AGUDELO RINCON (q.e.p.d.), presentó recurso de reposición y mediante Resolución SUB281251 de 6 de diciembre 2017, notificada el 20 de diciembre del mismo año, se confirmó la negativa sobre el reconocimiento y pago de la prestación económica reclamada; nuevamente presentó solicitud de reconocimiento a través de radicado No 2018 151551 presento solicitud ante Colpensiones, a través de Resolución SUB17464 de 20 de enero de 2018, notificada el 26 de enero del mismo año Colpensiones dio respuesta negativa a la solicitud por no haber acreditado la convivencia durante los últimos 5 años antes del fallecimiento del señor Saúl Agudelo Rincón (q.e.p.d); nuevamente mediante radicado 2019 3063690 presentó solicitud de reconocimiento y mediante Resolución SUB 115362 de 14 de mayo de 2019 notificada el 31 de junio del mismo año, le fue negada por no acreditar la convivencia durante los últimos cinco años con el causante; ante notario 58 de Circulo de Bogotá el 12 de agosto de 2019, CLAUDIA GUERRERO RODRIGUEZ, el 17 de agosto de 2019 CARMEN ALICIA AREVALO MALAGON, el 22 de agosto de 2019 MERCEDES LILIANA AGUDELO ACERO, el 22 de agosto de 2019 JOHANA MERCEDES AGUDELO AGUILLON, declararon bajo la gravedad del juramento sobre la convivencia. (PDF 017 Reforma)

Correspondió la demanda por reparto del 27/09/2019 al **Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá** D.C. (PDF 07ActaDeReparto), autoridad judicial quien, mediante auto de 11 de

marzo de 2020, la admitió disponiendo la notificación a la parte demandada, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos allí indicados (PDF 08AutoQueAdmite Demanda).

La accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a través de apoderada judicial, dio respuesta a la demanda, se refiere inicialmente a la naturaleza jurídica de la demandada, se opuso a las pretensiones, por estimar que de acuerdo con la investigación administrativa no se acreditó el contenido y veracidad de la solicitud; y expuso otras razones, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante 5 de mayo de 1955 y del causante 17 de septiembre de 1951, asimismo que contrajeron matrimonio el 8 de septiembre de 1971, que el causante falleció el 10 de junio de 2000, según registros civiles; que el causante comenzó a efectuar cotizaciones el 3 de agosto de 1970, que cotizo en total 805.86 semanas de acuerdo historia laboral.

Expuso hechos, fundamentos y razones de derecho de la defensa, después de una amplia exposición señala que se puede afirmar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del titular de la pensión constituye hechos que legitima la sustitución pensional; que la demandada ha actuado de buena fe, señaló la legislación aplicable, y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, carencia de causa para

demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (PDF 14 Expediente Administrativo folios 43-58).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 24 de noviembre de 2021, resolvió:

> *"(…)* ***PRIMERO. - CONDENAR*** *a la parte demandada* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora* ***LUZ STELLA AGUILLÓN****, en su calidad de cónyuge del causante* ***SAÚL AGUDELO RINCÓN*** *(q.e.p.d.), a partir del día 27 de septiembre de 2016, junto con las mesadas pensionales ordinarias, adicionales, causadas y no pagadas, con los respectivos ajustes de Ley y en los términos del artículo 48 de la Ley 100 de 1993.*
> ***SEGUNDO. - ABSOLVER*** *a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.*
> ***TERCERO. - DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE****, la excepción propuesta por la entidad demandada, denominada PRESCRIPCIÓN en atención a lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Relévese el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos dado el resultado de la Litis.*
> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de $2.000.000 de pesos.*
> ***QUINTO:*** *Contra la presente providencia sólo procede el recurso de apelación, en caso de no ser apelada la presente providencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA…****".*** *Igualmente se aclaró la sentencia en el sentido de indicar que el monto de la mesada pensional no debe ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.*

La Juez entre otras cosas para fundamentar su decisión expuso:

> *"Aspira la señora Luz Stella Aguilón en calidad de cónyuge supérstite del causante a que la entidad demandada reconozca la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte del señor Saúl Agudelo Rincón, q.e.p.d., acaecida el 10 de junio del 2000. En primer lugar, no es motivo de discusión dentro del presente proceso el deceso del señor, pues tal hecho se acredita con el Registro Civil de defunción que milita a folio 25 del expediente, documento en el que consta la fecha anunciada en precedencia como de ocurrencia del óbito del causante, advirtiéndose que la demandada Colpensiones mediante múltiples actos administrativos negó el derecho pensional solicitado por la aquí actora, siendo el último de ello la Resolución SUB 115362 del 14 de mayo del 2019. Procede en consecuencia, el Despacho a determinar si la demandante es o no*

beneficiaria de la prestación económica a la luz de la norma aplicable al caso en concreto. Para ello, sea lo primero, verificar si el causante para el momento de su fallecimiento cumplía con los requisitos necesarios para dejar causada la pensión solicitada por su cónyuge supérstite y si la demandante cumple con los requisitos legales para ser merecedora de la pensión de sobrevivientes, punto objeto de discusión dentro del asunto. Teniendo en cuenta lo anterior, encontramos que como fundamento de la negativa de la pensión de sobrevivientes reclamada la entidad demandada, manifestó inicialmente, mediante Resolución número 47442 del 14 de noviembre del 2006, la cual reposa en el expediente administrativo que obra a folio 53 en medio magnético, "Que de acuerdo con la historia laboral expedida por la gerencia nacional de historia laboral, se establece que el afiliado fallecido cotizó entre el 3 de agosto de 1970 al 30 de julio de 1998 un total de 805 semanas durante toda la vida laboral de las cuales ninguna corresponde al último año anterior a la fecha de su fallecimiento, que de acuerdo al con lo anterior, el señor Saúl Agudelo Rincón no se encontraba cotizando para la fecha de su fallecimiento y no reúne el número mínimo de 26 semanas de cotización durante el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, por lo que se concluye que no es procedente reconocer la pensión de sobreviviente solicitada" y es precisamente sobre este punto que la suscrita Juez, se detendrá para verificar si lo aducido por la demandada se ajusta a los postulados constitucionales y legales, a lo que podemos referirnos que ampliamente ha sido la teología que ha orientado tanto al legislador como a la jurisprudencia laboral para aprovechar el derecho que tienen las personas beneficiarias de la actividad productiva o de la prestación pensional de pensionado o afiliado que fallece de sustituir el beneficio pensional, razón de protección a la familia como célula fundamental de la sociedad, de solidaridad, apoyo y afecto mutuo, justicia retributiva y equidad, así como la posibilidad de soslayar alguna de las cargas espirituales y económicas ocasionadas con la partida del allegado, por lo que entonces entra este Despacho a verificar la normativa aplicable de la siguiente manera, a determinarse, en primer lugar, la normativa aplicable frente a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, que por regla general, la fecha del fallecimiento del afiliado pensionado determina la norma que regula la sustitución pensional del derecho de la pensión de sobreviviente, esto dijo el Alto Tribunal, "en razón de la aplicación inmediata de la ley del efecto retrospectivo que caracterizan las disposiciones laborales, no cabe duda de que la fecha de la muerte del afiliado o del pensionado es la que determina la norma, la que da lugar a la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobreviviente, salvo en las excepcionales casos en que en relación con esta última, para garantizar las prerrogativas del derecho originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la Seguridad Social, habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la ley 100 de 1993, se desafiliaron del sistema o dejaron de cotizar2, tal como se anotó el deceso de cuyos ocurrió el 6 de junio de 2000, valga decidir en vigencia de la ley 100 de 1993, lo que permite aplicar esta normatividad y sus decretos reglamentarios en los artículos 46 y 47 y el Decreto 1889 de 1994, por medio del cual se reglamenta parcialmente la citada la ley 100 de 1993, por su parte del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, consagra lo siguiente, tendrán derecho

a la pensión descendiente de los miembros del grupo familiar del afiliado, que fallezca siempre que estuviera cumplido alguno de los siguientes requisitos, a- que el afiliado se encuentre cotizando el sistema y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de la muerte, b- que habiendo dejado de cotizar al sistema hubiera efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. Es así y el punto de discusión inicial de las partes se refiere al no cumplimiento por parte de la actora de los requisitos mínimos de la ley para acceder a la prestación económica de pensiones de sobreviviente deprecado por cuanto el causante señor Saúl Agudelo Rincón, q.e.p.d., no alcanzó a completar el número mínimo de semanas exigido para dejar causado el derecho a la demandante, esto es, haber cotizado un mínimo de 26 semanas en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento. Frente a la situación en debate y dado que se debe estudiarle caso a la luz de la Ley 100 de 1993, la demandante no tenía en principio el derecho a la pensión pretendida, al no reunirse los requisitos que trae la norma en comento, pues no se contradice que señor Saúl Agudelo Rincón q.e.p.d., no cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento de su fallecimiento conforme da cuenta la historia laboral.

Sin embargo, entra este despacho a verificar lo referente a la condición más beneficiosa, en ese orden, dado que el causante al momento de su muerte era cotizante inactivo no cumplió con el requisito exigido por dicha normatividad, esto es, contar con 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a su deceso y como quiera que para la fecha de su deceso contaba con 805.86 semanas de cotización de acuerdo con el criterio reiterado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procede la aplicación de la condición más beneficiosa como excepción a la regla general regulada en las citadas disposiciones. Así las cosas el literal b) del artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, establece que para poder ser acreedor de la pensión de sobrevivientes debió haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del fallecimiento o 300 semanas en cualquier época con anterioridad al deceso, frente al tema vale la pena traer a colación la sentencia de SL 1142 Radicado 83597 de 26 de febrero de 2020, en el que nuestro máximo órgano adoctrinó "En efecto, cuando en el cambio normativo el legislador no prevé un régimen de transición, establece una modificación sustancial en los requisitos para acceder a la prestación, como en el caso de la pensión de sobreviviente regulada en la ley 100 de 1993, si se cumplen las exigencias de la normativa inmediatamente anterior acuerdo 049 de 1990, en el número mínimo de cotizaciones, aunque el riesgo se estructure bajo la vigencia de la disposición ulterior, puede acudirse a aquella en aras de proteger una expectativa legítima sobre el particular es pertinente recordar que en las sentencia SL 13447 del 2016, que reitero la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 405 de 2013 esta Sala señaló que el principio de la condición más beneficiosa en los términos del artículo 53 de la Constitución Política se aplica excepcionalmente cuando se presenten las siguientes particularidades, 1.- que la afiliada fallezca después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, antes del primero de abril de 1994, 2.- que reúna la densidad de cotizaciones exigidas en el artículo 46 de la citada norma, 3.- que pese a

ello tenga la cantidad de cotizaciones previstas en la norma inmediatamente anterior, pues en el artículo 6, 25 y 27 del acuerdo 049 de 1990, 4.-, que en lo relativo a las 300 semanas en cualquier tiempo, las mismas deben haberse satisfecho a la vigencia del sistema general de Seguridad Social en pensiones y 5.- que en lo que respecta a las 150 semanas en los 6 años anteriores al deceso debe cumplirse con la densidad a la vigencia del sistema funcional de la Ley 100 del 1993, junto con igual cantidad de aportes en los 6 años anteriores a la muerte del afiliado", quiere decir lo anterior que para que el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por muerte, origen común, necesario, en primer lugar, que el causante hubiese fallecido con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 primero abril de 1994, hecho que se encuentra acreditado dentro del plenario, como quiera que el señor Saúl Agudelo Rincón, q.e.p.d., falleció el 10 de junio del 2000, por otro lado, como se mencionó en precedencia, el causante no alcanzó a reunir la densidad de cotización y exigidas en el artículo 46 de la citada norma pues era un afiliado inactivo al momento del fallecimiento, ahora, en relación a la cantidad de cotizaciones prevista en la norma inmediatamente anterior, esto es, en los artículos 6, 25 y 27 del acuerdo 09 de 1990, el señor Saul Agudelo Rincón acredita que cotizó un total de 805.86 semanas conforme se extrae la resolución número SUB 115362 de 14 de mayo del 2019, folio 35 a 37, donde se puede corroborar dicha información y reporte de semanas de cotización expedido por Colpensiones visto a folio 27 del expediente, semanas estas que fueron cotizadas al 31 de julio de 1998. Asimismo, debe resaltarse que las 805.86 semanas antes mencionadas fueron cotizadas por el causante desde el 3 de agosto de 1970 hasta el 31 de julio 1999 (sic), conforme a la documental visible folio 27 cotizo 801.57 al primero de abril de 1994, fecha de entrada en vigilancia de la ley 100 de 1993 corte a 16 de febrero de 1992, superando las exigidas por el tránsito legislativo que exige 300 semanas en cualquier tiempo con anterioridad a la vigencia del sistema general de Seguridad Social en pensiones, conforme a la anterior, es dable concluir que el causante señor Saul Agudelo Rincón, q.e,p.d., dejó causada la pensión de sobrevivientes. Aclarado lo anterior, se proseguirá con el estudio de otro requisito que debe reunir la demandante para ser beneficiaria de la pensión aludida, consistente en la convivencia de la demandante con el causante durante los últimos 5 años de vida, al respecto, dentro del debate probatorio se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante señora Luz Stella Aguillón, quien manifiesta haber conocido al señor Saul Agudelo Rincón, que en paz descanse desde el año 1968 en la ciudad de Bogotá, que contrajeron matrimonio por el rito católico, que tuvieron cuatro hijos hoy todos mayores de edad. Sobre su fallecimiento manifiesta que se encontraban juntos en la lavandería de propiedad de la familia y por un hurto fue baleado quedando herido su esposo y falleció al día siguiente, el 10 de junio del 2000. Manifiesta que desde el momento en que se casaron hasta que falleció, siempre estuvieron juntos por más de 29 años sin que el tuviera otra relación o hijos, que vivieron en la casa de propiedad de la pareja y que conocía a la familia del señor abuelo, una hermana y un hermano desde los 15 años. Finalmente se recibió los testimonios de la señora Claudia Guerrero Rodríguez, Carmen Alicia Arévalo Malagón, Mercedes Liliana Agudelo Acero y Johana Mercedes Agudelo Aguilón quienes dieron cuenta de la real convivencia entre la señora Luz Stella

Aguilón y el causante Saúl Agudelo Rincón, q.e.p.d., que nunca se separaron, que fue la señora Luz Stella Aguillón quien se encargó de los cuidados del causante y de las labores propias del hogar hasta el momento de su muerte, indicando que de la relación procrearon cuatro hijos conviviendo en familia todo el tiempo, indican además las citadas situaciones les consta de ser la primera de ellas cercana a la familia, al haber trabajado en uno de los locales de la casa de la propiedad de la pareja, la segunda de ellas al ser la nuera esposa de uno de los hijos de la pareja y las dos últimas, al ser la sobrina del causante y la hija de la pareja, respectivamente, dando cuenta sí que dada la cercanía y el vínculo afectivo y consanguíneo conocen de manera directa la relación, sostenida por la pareja, en este orden de ideas considera la suscrita que concurren los principios consagrados en el artículo 46 y 47 en la ley 100 de 1993 para reconocer la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes solicitada por la señora Luz Stella Aguillón, de conformidad con lo previsto en los artículos 11 25 del Decreto 158 a 1990, en su calidad de cónyuge causantes de Saul Agudelo Rincón, q.e.p.d., sin que en ningún momento la mesada pensional pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Ahora bien, para resolver la situación respecto al reconocimiento de intereses moratorios debe indicarse por parte del despacho que se solicitan estos en virtud establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, a juicio de esta instancia, no habrá lugar a la condena a condenar a la pasiva por tales intereses como quiera que desde la contestación de la demanda, incluso la administradora colombiana de pensiones Colpensiones dentro de sus actos administrativos siempre manifestó que negó la prestación de sobrevivientes porque no se cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, tal y como se tiene las resoluciones allegadas al plenario, los mismos son viables cuando tenemos que tener en cuenta que los intereses son viables cuando hay una obligación clara, expresa y exigible, lo que no ocurre en el presente conflicto, toda vez que la norma aplicable o la condición más favorable se da exclusivamente en esta instancia a través de esta decisión, entonces solo fue en esta sentencia donde se determinó con claridad que se tenía derecho a dicha prestación. No obstante, a lo expuesto y dada la pérdida de poder adquisitivo de las diferencias impagadas y las mismas se ordenarán sean reconocidas en forma indexada al momento de su pago de acuerdo a la siguiente fórmula, valor a indexar por IPC final. Y en lo que respecta a los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva administradora colombiana de pensiones, atendiendo hasta lo aquí expuesto, el despacho se releva el estudio de los mismos, dado el resultado de la Litis, en cuanto a la excepción de prescripción, ahora bien, la demandada propuso esa esa excepción, corresponde, en primer término, señalar lo siguiente, que la prescripción, como es acción, no requieren mayor fundamentación, sino la obligación de esta sede judicial de resolver todo el tema de la extinción del derecho sin la limitación argumentativa de sus fundamentos de derecho máxime cuando no se le pueden poner a las partes formulas sacramentales para alegar la prescripción extintiva, recordando que la regla general contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo aplicable al presente caso, establece que las acciones correspondientes a los derechos regulados por dicha disposición prescriben en 3 años, los que se cuentan desde la fecha de exigibilidad en la respectiva obligación, refiriendo a su turno que el artículo 489 del

mismo compendio normativo indica que el simple reclamo escrito del trabajador, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse nuevamente a partir del reclamo y por un lapso igual, aplicando dichas nociones al caso tenemos que el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante desde la fecha en que falleció el señor Saul Agudelo Rincón, se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo, por la siguiente situación, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a una obligación de tracto sucesivo, cabe manifestar que el reconocimiento del derecho a la pensión data del 10 de junio de 2000 fecha del fallecimiento del causante, se reitera la resolución administrativa que inicialmente niega el Derecho pensional, fue la 47442 de fecha 14 de noviembre de 2006, posteriormente la solicita la prestación el 7 de marzo del 2019, siendo negada mediante resolución el número SUB 115362 del 14 de mayo del 2019 y la presentación fue presentada el 27 de septiembre del 2019, conforme da cuenta el acta de oficina judicial de reparto, la cual se encuentra a folio 42 del plenario, por lo que es claro que frente a esta primera solicitud, se supera con suficiencia el término trienal dispuesto para el efecto, por lo que se declara probada excepción en comento y por lo tanto se aplicará hecho fenómeno respecto de los derechos anteriores al 27 de septiembre del 2016, esto es, 3 años atrás de la fecha de presentación de la demanda, como quiera que es claro que entre la fecha de decisión del recurso de la primera reclamación y la última medio Igual forma el término trienal y solo con la primera de ellas es que se interrumpe la prescripción de termino igual al inicial. Costas se condenará en costos a la parte vencida a la parte demandada se señala como agencias en derecho la suma de $2.000.000.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la accionante interpuso recurso de apelación en cuanto no se condenó la demandada a pagar intereses moratorios y en cuanto se declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, para lo cual expuso, en términos generales:

Gracias, Señoría, bueno, primero voy a utilizar o hacer uso del recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho con el fin de que el honorable tribunal, en su Sala Laboral, los magistrados revoquen parcialmente la sentencia en los siguientes puntos, en el no reconocimientos de los intereses moratorios y el momento de la causación perdón más desde el momento del pago, disfruté de la mesa pensional; frente al tema de la prescripción lo primero frente a los intereses moratorios, quiero hacer claridad que desde el año 2006 la señora Luz Stella Aguillón le solicitó en ese entonces al Instituto de Seguros Sociales, el Instituto le negó la

prestación a la demandante al Señora Luz Stella, adicionalmente, en esta resolución también se establece que tampoco tenía derecho a la indemnización sustitutiva, toda vez que porque le había prescrito el derecho. Posteriormente que esto tiene relación con mi siguiente argumento frente al momento del disfrute de la mesada pensional, la solicitud inicial de prestación posterior digamos la que la que se llevó más adelante se expide la Resolución SUB 251137 del 9 de noviembre del 2017, y en esta ya tenemos una vigencia clara que la sentencia SU 05 del 2018 de la Corte Constitucional, y todos nosotros sabemos que las sentencias de SU son sentencias importantes y estas son obligatorias en su parte motiva y en su parte en su ratio decidendi, para las autoridades administrativas y en este caso Colpensiones conocía de esta sentencia y en esta sentencia se desarrolla todo el precepto y todo el concepto de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esta sentencia SU, perdón, perdón del 2018 y que, bueno, esta sentencia SU de 2018 viene y recoge varias sentencias T que hablan de la condición más beneficiosa. Colpensiones en reiteradas oportunidades desde el 2017, ha negado, ha negado el reconocimiento de la prestación de la señora Luz Stella. Adicionalmente, Colpensiones es una autoridad administrativa o en la que administra el régimen de Prima media y también es el deber de esta administradora no negar sino reconocer las prestaciones y parece que en la práctica, la administradora colombiana de pensiones Colpensiones solamente recoge las sentencias o la ratio de decidendi de las sentencias que les conviene a ellos para negar prestaciones reiteradamente, en este caso, después del 2017 se hicieron varias solicitudes, 2017 sentencias, como las que citó las resoluciones o las respuestas a los recursos que cita el despacho en su parte motiva de la sentencia y lo que notan esto es que Colpensiones sabia y conoce el derecho y sabe y conoce que la Corte Constitucional emitió una sentencia de SU y que la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado incansablemente lo relacionado en la aplicación de la condición más beneficiosa, entonces, si bien es cierto, puede que no se causen los intereses moratorios desde el año 2006, bajo el argumento del Juzgado no puede ser ahí si no compartimos o esto, este de abogado no comparte la conclusión del Despacho y por eso solicitamos a los magistrados que analicen esta parte en que posterior al 2018 2017 Colpensiones no aplique o no reconozca prestaciones, ya sea prestaciones de sobreviviente o invalidez, en este caso en concreto de sobrevivientes, aplicando el principio de la condición más beneficiosa y que este principio o que solamente haga un desgaste a la administración de Justicia para llegar ante un juez de que reconozca la prestación aplicando la condición más beneficiosa, cuando la doctrina tanto pacífica de la Corte Suprema de Justicia y las sentencias de unificación de la Corte Constitucional de obligatorio cumplimiento en su ratio decidendi las desconoce, las desconoce y en la práctica y en la realidad desconoce toda doctrina y toda ratio decidendi que no les convenga frente al

reconocimiento de prestaciones, valga la redundancia entonces, frente a este tema, honorables magistrados si solicito muy respetuosamente que se reconsidere la decisión y se aplique y se reconozcan los intereses moratorios, por lo menos desde el 9 de noviembre del 2017, que es cuando Colpensiones emite la resolución SUB 251137 negando la prestación a la demandante eso frente a los intereses moratorios, segundo frente al disfrute de la pensión y el fenómeno de la prescripción, el Despacho llega a la conclusión que el momento de, digamos, de la reclamación y por lo tanto, desde el momento que comience a correr la prescripción es desde el año 2019 y por lo tanto, llega a que los 3 años anteriores para disfrutar la pensión es el 27 de septiembre del 2016. No tiene en cuenta la resolución SUB 251137 del 9 de noviembre del 2017, para efectos ahí se tendría que empezar a contar el término trienal, es decir, que comenzaría el 9 de noviembre del 2014 y porque posteriormente la demanda fue radicada ya en el año 2019 ,por tal razón no, entonces 2017 contamos 3 años hacia adelante el término prescriptivo sería para el caso en concreto, si lo estamos analizando sería el 9 de noviembre del 2020, la demanda se radicó un año antes entonces se debe tener en cuenta que el término o la reclamación oficial que se pondría a correr el término prescriptivo comenzaría a correr el 9 de noviembre del 2017 y no en el año 2019 como erradamente, concluye el despacho por tal razón el fenómeno de prescripción empezaría a correr no en septiembre 27 del 2016, sino el 9 de noviembre del 2014 y lógicamente, pues lo que esto implica frente a las mesadas dejadas de percibir en este tiempo, entonces solicito muy, respetuosamente a los honorables magistrados que analicen este argumento y que revisen cuidadosamente la resolución SUB 251137 y la fecha de la radicación de la demanda para que por favor revoquen esa conclusión de la a quo y en su lugar se e establezca que el fenómeno de prescripción empezó a correr desde el 9 de noviembre del 2017 y en esos términos, su Señoría dejo mis alegatos de conclusión, no sin antes también solicitarle al despacho, puede que no sea el momento que nos aclare, por favor la mesada pensional que reconoció en la sentencia es por un salario mínimo o cuál fue la liquidación que hizo el despacho. Muchas gracias".

También el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación: en cuanto se le condenó a pagar costas, y sobre el particular expuso:

"Su Señoría, me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia dictada hoy, 24 de noviembre de 2021, con el fin de que los honorables magistrados tomen o estudien frente a la revocatoria del pago de las costas, teniendo en cuenta que mi representada ante las reiteradas negativas del reconocimiento de la prestación económica

y sobreviviente, lo hizo conforme a Derecho, teniendo en cuenta que existe una presunción de legalidad de los actos administrativos proferidos por la entidad que representa mediante los cuales las solicitudes se resolvieron bajo el amparo legalmente también con base en la documentación que reposaba en los archivos de mi representada, llenando pues el requisito de la fuerza obligatoria y gozan de presunción de legitimidad. Así las cosas, pues teniendo en cuenta que mi representada no negó por capricho, sino pues porque es una entidad del Estado, tiene que velar por la aplicación de la norma. Y no fue mi representada, pues quien acudió al. A poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional. También soportando que el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia indica que la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establece la ley puntualmente en el numeral cuatro de este artículo, indica, no se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. Resalto este inciso cuarto de la del presente artículo, teniendo en cuenta que no se podrán destinar los recursos de mi representada para fines diferentes a ellos, por lo cual es dable interpretar que el pago de costas y agencias en derechos serían contrarios a esta preceptiva constitucional, también teniendo en cuenta que el artículo 365 del Código General del Proceso en el numeral quinto le otorga a los jueces la posibilidad de no imponer las costas procesales en caso en que prosperen parcialmente las pretensiones, como se observa en el caso de referencia, teniendo en cuenta que en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las reglas estipuladas en este artículo. Así las cosas, dejó sustentado mi recurso de apelación, teniendo en cuenta que los HM estudien dicha dicho Numeral donde nos condenan en costas es todo su Señoría.

La Juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *Lorenzo Torres Russy* el 29 de noviembre 2021 (PDF 01ActaDeReparto).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación; y asignado por reparto al

despacho del Magistrado Ponente el 26 de julio de 2023 (PDF 07ActaReparto).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

Dentro del término para alegar en segunda instancia, el apoderado de la demandada Colpensiones, presentó alegatos, solicitando revocar la sentencia de primera instancia por estimar que la demandante no acreditó la convivencia con el causante antes de su fallecimiento, luego de hacer mención de los antecedentes expuso:

> *"(....) Que con ocasión del fallecimiento del señor (a) AGUDELO RINCÓN SAÚL, quien en vida se identificó con CC No. 19,148,055, ocurrido el 10 de junio de 2000, se presentaron las siguiente(s) persona (s) a reclamar la pensión de Sobrevivientes: AGUILLON LUZ STELLA identificado (a) con CÉDULA CIUDADANÍA No. 51838096, con fecha de nacimiento 5 de mayo de 1955, en calidad de Que el(a) causante nació el 17 de septiembre de 1951. Que el(a) causante falleció el 10 de junio de 2000, según Registro Civil de Defunción. Conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 5,641 días laborados, correspondientes a 805 semanas, la norma aplicable al caso es el la Ley 100 de 1.993 en lo concerniente a la pensión de sobrevivientes, que en su artículo 46 establece que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca. 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte. En aplicación al concepto del 25 de junio de 2015 BZ_2015_5672865 emitido por la GERENCIA NACIONAL DE RECONOCIMIENTO, se procede a solicitar la investigación administrativa, con el fin de verificar que se cumplieran por parte del solicitante, los requisitos exigidos en la norma. Es pertinente hacer saber a la solicitante, que mediante concepto emitido por Gerente Nacional de Doctrina Vicepresidencia Jurídica y Secretaria General sobre Investigación administrativa en trámites de reconocimiento de pensión de sobrevivientes. El artículo 40 del CPACA señala que la investigación administrativa resulta procedente como medio*

probatorio oficioso cuando: - Medio de prueba aportador por los beneficiarios que no permiten establecer los extremos de la convivencia con el causante o que se contradicen. - 20 años o más de diferencia entre quien alega ser beneficiario y el causante. - Una diferencia de 5 años o más entre la fecha de la solicitud de la pensión de sobrevivientes y la fecha de fallecimiento del causante. Para concluir, la investigación administrativa tiene por objeto dilucidar la imprecisión surgida de las pruebas obrantes en el expediente de pensión de sobrevivientes, pero solamente en los casos en los cuales de los medios de prueba aportados no logren evidenciarse expresamente y sin lugar a equívocos, los extremos de la convivencia o la dependencia económica. Obra Informe Investigativo, el cual arrojó los siguientes resultados: NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Luz Stella Aguillón, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente Investigación administrativa. No se acredita, pues de acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el señor Saúl Agudelo Rincón y la señora Luz Stella Aguillón, contraen matrimonio el 18 de septiembre de 1971 y procrearon 4 hijos, sin embargo no fue posible confirmar una convivencia entre ellos hasta el 10 de junio del año 2000, fecha que fallece el causante pues no hay documentos que confirmen convivencia, como tampoco hay familiares del causante que ratifiquen el testimonio de la solicitante solo confirma el testigo aportado por ella." Respecto de la investigación administrativa, se debe indicar que la misma se da en cumplimiento del concepto interno BZ_2015_5672865 expedido el 25 de junio de 2015, mediante el cual esta entidad determino Investigación administrativa en trámites de reconocimiento de pensión de sobrevivientes: (...)"La investigación administrativa se implementa con la finalidad de adoptar una decisión de fondo que se encuentra ajustada a derecho, cuando de los medios probatorios aportados por los solicitantes no sea viable establecer la condición de beneficiario o los extremos de convivencia con el causante, en consonancia con los principios que rigen la función administrativa contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia y para evitar que por imprecisiones originadas en el material aportado con la solicitud, se expida un acto administrativo que deba ser objeto del mecanismo de revocatoria unilateral previsto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, en concordancia con el establecido en el artículo 243 de la Ley 1450 de 2021." Se resalta que la investigación administrativa realizada, debe entenderse como el proceso interno mediante el cual se someten a corroboración y/o verificación los medios de prueba allegados por los solicitantes para acreditar su condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Es pertinente señalar que se hace necesario para la Administración comprobar la convivencia efectiva entre la cónyuge y el causante a fin de otorgar a la prestación de conformidad a la Ley, para el caso la Sentencia T- 425 de 2004 de la H. Corte Constitucional, indica: ".....En consecuencia, el

reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la existencia de ese derecho. La Corte se pronunció al respecto de la siguiente manera en la sentencia T- 122 de 2000: "Factor primordial para la definición acerca de si quien solicita una pensión sustitutiva^ tiene o no derecho a ella es la demostración del nexo que existía entre el solicitante y el titular de la pensión, en cuanto se entiende que también esa persona y el resto de la familia dependían de las mesadas percibidas por aquél. (..) Ha sostenido la Corte Constitucional por ejemplo, la Sentencia T-566 del 7 de octubre de 1998, M.P.Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) que la exigencia de demostrar la convivencia efectiva con el pensionado en los años anteriores a su muerte es imprescindible para obtener el derecho a la sustitución pensional. Y ha agregado que se trata de observar y acreditar una situación real de vida en común de dos personas, "dejando de lado los distintos requisitos formales que podrían imaginarse". (....) La convivencia efectiva, que es esencial para tener derecho a la pensión sustitutiva lo es precisamente por cuanto, a partir de la decisión de los compañeros permanentes, configura la familia. Pero, como esa convivencia entre ellos puede cesar, y cada uno de los miembros de la pareja está en posibilidad de establecer otras relaciones de la misma índole, es necesario que cuando alguien reclama haber tenido el carácter de compañero o compañera permanente respecto de quien ha perecido, para acceder al disfrute de la pensión sustitutiva, haya de demostrar que en efecto convivían en la época inmediatamente anterior al fallecimiento del pensionado (....)" En este orden de ideas, de conformidad con las consideraciones anteriores, es procedente afirmar que la convivencia efectiva al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobrevenida la muerte del pensionado, la sustituía obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas, por lo anterior NO tiene derecho alguno la demandante. Por las razones anteriores, no debe accederse a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, deberá Absolverse, a Colpensiones de todas aquellas incoadas en su contra. Por todo lo expuesto. (PDF 05Alegato).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos. Asimismo, en el grado jurisdiccional de consulta las condenas impuestas a Colpensiones de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

De debe señalarse que si bien el apoderado de la parte demandada en el alegato de conclusión, que presento en esta instancia, solicita se revoque la decisión del a quo con base en los argumentos que expone, aspecto que no fue cuestionado al momento de interponer el recurso de apelación, sin embargo como a favor de la demandada se estudia las condenas en el grado jurisdiccional de consulta, dentro de tal presupuesto resultan admisibles sus alegatos.

Por razones de método inicialmente se revisara en grado jurisdiccional de consulta la decisión de primera instancia para determinar si hay lugar al reconocimiento de pensión de Sobrevivientes consagrada en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de condición más beneficiosa, a favor de LUZ STELLA AGUILLON en calidad de conyugue supérstite del causante SAUL AGUDELO RINCON, a partir del 27 de setiembre de 2016, junto con las mesadas ordinarias, adicionales, con los respectivos reajuste de ley

en un monto no inferior al salario mínimo mensual vigente y en los términos del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, como lo determino la juez de primer instancia; resuelto lo anterior si fuere el caso y en razón del recurso de apelación formulado por el apoderado la parte demandante si fue acertada la decisión de absolver de intereses moratorios y la declaratoria parcial de la excepción de prescripción, y respecto del recurso de Colpensiones si hay lugar a la condena en costas.

No se presenta discusión en el presente asunto que el causante falleció el 10 de junio de 2000, y que la demandada nació el 5 de mayo de 1955, el causante el 17 de septiembre de 1951; que el 18 de septiembre de 1971, contrajeron matrimonio por el rito católico en la Parroquia San Judas Tadeo de Corrales de la Diócesis de Duitama.-Sogamoso, el cual se registró el 18 de septiembre de 1971; que procrearon cuatro hijos actualmente mayores de edad, JOHANA MERCEDES, JOSE EDILBERTO, JOSE SAUL Y CARLO ALBERTO AGUDELO AGUILLON; que comenzó a efectuar aportes a pensión a partir del 3 de agosto de 1970; que cotizó 805.86 semanas; realizó aportes hasta el 31 de julio de 1998, hechos aceptados por la demandada en la contestación a la demanda, y a además se corroboran con los registros civiles y la historia laboral del causante que obran en el PDF 14 Expediente administrativo.

Asimismo, se resalta los siguientes medios de prueba:

Resolución 047442 de 14 de 2006 del ISS, que negó la pensión de sobrevivientes a la demandante, y la indemnización sustitutiva. En la pate motiva se indica que el causante falleció el 10 de junio de 2000, que se presentó la demandante en su calidad de cónyuge a la

reclamar la pensión de sobrevivientes, que aporto registro civil de defunción del causante y de nacimiento, así como del matrimonio donde consta que contrajo matrimonio el 18 de septiembre de 1971, y registro civil de la demandante, se invoca el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que de acuerdo con la historia laboral cotizó entre el 3 de agosto de 1970 al 31 de julio de 1998, un total de 805 semas durante toda su vida laboral, de las cuales ninguna corresponde al último año anterior a la fecha de su fallecimiento, que no se encuentra cotizando para la fecha de su fallecimiento y no reúne el número mínimo de 26 semanas de cotización durante el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, por lo que se considera que no es procedente reconocer la pensión solicitada, se cita también el artículo 49 de la ley 100 de 1993, se analiza la prescripción frente a la indemnización sustitutiva reclamada. (PDF 014Expediente Administrativo folios 226-227).

Resolución SUB-251137 de 9 de noviembre de 2017, negó el reconocimiento a la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de AGUDELO RINCON SAUL, a la demandante, en dicha resolución en su parte motiva se dice que AGUDELO RINCON SAUL falleció el 10 de junio de 2000; que la demandante nació el 5 de mayo de 1955, y comparece en calidad de cónyuge o compañera a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, y que aporto a la reclamación formato de solicitud, registro civil de defunción, registro civil de nacimiento de la solicitante, cedula de ciudadanía del solicitante, manifestación juramentada rendida por dos testigos y la solicitante, en las consideración se indica que el causante nació el 17 de septiembre de 1951, falleció el 10 de junio de 2000, según registro de defunción, se

efectúa la relación de cotizaciones para señalar que acredita 5.641 días correspondientes a 805 semanas, último periodo de 19980701 hasta 1998073. Que es aplicable el artículo 46 y 47 de la ley 100 de 1993, debido a la fecha del fallecimiento, y se expone:

> *"Que se realiza investigación administrativa, la cual indica lo siguiente: ¨NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Luz Stella Aguillón, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. No se acredita, pues de acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el señor Saúl Agudelo Rincón y la señora Luz Stella Aguillón, que contraen matrimonio el 18 de septiembre de 1971 y procrearon 4 hijos, sin embargo no fue posible confirmar una convivencia entre ellos hasta el 10 de junio del año 2000, fecha que fallece el causante pues no hay documentos que confirmen convivencia, como tampoco hay familiares del causante que ratifiquen el testimonio de la solicitante solo confirma el testigo aportado por ella.¨ Por lo que se dispone negar la petición. (PDF14 ExpedienteAdministrativo folio 14-17)*

Resolución SUB 281251 de 6 de diciembre de 2017, confirma en todas sus partes la Resolución SUB 251137 de 9 de noviembre de 2017. (PDF14 ExpedienteAdministrativo folio 18-22 y 24-28)

Resolución SUB 17464 de 20 de enero de 2018, que rechazo por improcedente recurso de reposición interpuesto, y negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de AGUDELO RINCON SAUL, a la demandante. En dicha resolución en consagra similares antecedentes a los indicados en la resolución anterior. (PDF14 ExpedienteAdministrativo folio 29-34 y 36-41)

Resolución SUB 115362 DE 14 de mayo de 2019, resuelve petición radicada el 7 de marzo de 2019, mediante la cual se niega

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en cuya parte motiva se hace un recuento de las peticiones que ha formulado la demandante y las diferentes resoluciones expedidas, y se citan las normas para indicar que la demandante no reúne los requisitos como en anteriores resoluciones (PDF 014 ExpedienteAdministrativo folios 452-455 y 954-958).

Comunicación de la demandante de Fecha 1 de diciembre de 2017, reclamando indemnización sustitutiva, otra de fecha 4 de enero de 2018 (PDF 044 ExpedienteAdministrativo folio 459 y 460).

El juzgador de primer grado luego de exponer los supuestos facticos de la demanda y contestación, citar en su apoyo la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL 1142, radicado 83597 de 26 de febrero de 2020, SL 13447 de 2016, en la que afirma se reiteró la SL 405 de 2013, sobre la aplicación de la condición más beneficiosa, que permite analizar la norma inmediatamente anterior, y hace referencia a los artículos 6, 7 y 25 del Acuerdo 049 de 1990.

Particularmente considero que: *"… quiere decir lo anterior que para que el reconocimiento de la pensión de sobreviviente por muerte, origen común, necesario, en primer lugar, que el causante hubiese fallecido con posterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993 primero abril de 1994, hecho que se encuentra acreditado dentro del plenario, como quiera que el señor Saúl Agudelo Rincón, q.e.p.d., falleció el 10 de junio del 2000, por otro lado, como se mencionó en precedencia, el causante no alcanzó a reunir la densidad de cotización y exigidas en el artículo 46 de la citada norma pues era un afiliado inactivo al momento del fallecimiento, ahora, en relación a la cantidad de cotizaciones prevista en la norma inmediatamente anterior, esto es, en los artículos 6, 25 y 27 del acuerdo 09 de 1990, el señor Saul Agudelo Rincón*

acredita que cotizó un total de 805.86 semanas conforme se extrae la resolución número SUB 115362 de 14 de mayo del 2019, folio 35 a 37, donde se puede corroborar dicha información y reporte de semanas de cotización expedido por Colpensiones visto a folio 27 del expediente, semanas estas que fueron cotizadas al 31 de julio de 1998. Asimismo, debe resaltarse que las 805.86 semanas antes mencionadas fueron cotizadas por el causante desde el 3 de agosto de 1970 hasta el 31 de julio 1999 (sic), conforme a la documental visible folio 27 cotizo 801.57 al primero de abril de 1994, fecha de entrada en vigilancia de la ley 100 de 1993 corte a 16 de febrero de 1992, superando las exigidas por el tránsito legislativo que exige 300 semanas en cualquier tiempo con anterioridad a la vigencia del sistema general de Seguridad Social en Pensiones, conforme a la anterior, es dable concluir que el causante señor Saul Agudelo Rincón, q.e.p.d., dejó causada la pensión de sobrevivientes. Aclarado lo anterior, se proseguirá con el estudio de otro requisito que debe reunir la demandante para ser beneficiaria de la pensión aludida, consistente en la convivencia de la demandante con el causante durante los últimos 5 años de vida, al respecto, dentro del debate probatorio se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante señora Luz Stella Aguillón, quien manifiesta haber conocido al señor Saul Agudelo Rincón, que en paz descanse desde el año 1968 en la ciudad de Bogotá, que contrajeron matrimonio por el rito católico, que tuvieron cuatro hijos hoy todos mayores de edad. Sobre su fallecimiento manifiesta que se encontraban juntos en la lavandería de propiedad de la familia y por un hurto fue baleado quedando herido su esposo y falleció al día siguiente, el 10 de junio del 2000. Manifiesta que desde el momento en que se casaron hasta que falleció, siempre estuvieron juntos por más de 29 años sin que el tuviera otra relación o hijos, que vivieron en la casa de propiedad de la pareja y que conocía a la familia del señor abuelo, una hermana y un hermano desde los 15 años. Finalmente se recibió los testimonios de la señora Claudia Guerrero Rodríguez, Carmen Alicia Arévalo Malagón, Mercedes Liliana Agudelo Acero y Johana Mercedes Agudelo Aguilón quienes dieron cuenta de la real convivencia entre la señora Luz Stella Aguilón y el causante Saúl Agudelo Rincón, q.e.p.d., que nunca se separaron, que fue la señora Luz Stella Aguillón quien se encargó de los cuidados del causante y de las labores propias del

hogar hasta el momento de su muerte, indicando que de la relación procrearon cuatro hijos conviviendo en familia todo el tiempo, indican además las citadas situaciones les consta de ser la primera de ellas cercana a la familia, al haber trabajado en uno de los locales de la casa de la propiedad de la pareja, la segunda de ellas al ser la nuera esposa de uno de los hijos de la pareja y las dos últimas, al ser la sobrina del causante y la hija de la pareja, respectivamente, dando cuenta sí que dada la cercanía y el vínculo afectivo y consanguíneo conocen de manera directa la relación, sostenida por la pareja, en este orden de ideas considera la suscrita que concurren los principios consagrados en el artículo 46 y 47 en la ley 100 de 1993 para reconocer la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes solicitada por la señora Luz Stella Aguillón, de conformidad con lo previsto en los artículos 11 25 del Decreto 158 a 1990, en su calidad de cónyuge causantes de Saúl Agudelo Rincón, q.e.p.d., sin que en ningún momento la mesada pensional pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente.

Con relación a la prescripción consideró: *"… recordando que la regla general contenida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo aplicable al presente caso, establece que las acciones correspondientes a los derechos regulados por dicha disposición prescriben en 3 años, los que se cuentan desde la fecha de exigibilidad en la respectiva obligación, refiriendo a su turno que el artículo 489 del mismo compendio normativo indica que el simple reclamo escrito del trabajador, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse nuevamente a partir del reclamo y por un lapso igual, aplicando dichas nociones al caso tenemos que el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante desde la fecha en que falleció el señor Saul Agudelo Rincón, se encuentra afectado por el fenómeno prescriptivo, por la siguiente situación, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a una obligación de tracto sucesivo, cabe manifestar que el reconocimiento del derecho a la pensión data del 10 de junio de 2000 fecha del fallecimiento del causante, se reitera la resolución administrativa que inicialmente niega el Derecho pensional, fue la 47442 de fecha 14 de noviembre*

de 2006, posteriormente solicita la solicita la prestación el 7 de marzo del 2019, siendo negada mediante resolución el número SUB 115362 del 14 de mayo del 2019 y la presentación fue presentada el 27 de septiembre del 2019, conforme da cuenta el acta de oficina judicial de reparto, la cual se encuentra a folio 42 del plenario, por lo que es claro que frente a esta primera solicitud, se supera con suficiencia el término trienal dispuesto para el efecto, por lo que se declara probada excepción en comento y por lo tanto se aplicará hecho fenómeno respecto de los derechos anteriores al 27 de septiembre del 2016, esto es, 3 años atrás de la fecha de presentación de la demanda, como quiera que es claro que entre la fecha de decisión del recurso de la primera reclamación y la última medio Igual forma el término trienal y solo con la primera de ellas es que se interrumpe la prescripción de termino igual al inicial".

La finalidad esencial de la pensión de sobrevivientes, es establecer un marco de protección para las personas que hacían parte integrante del núcleo familiar del afiliado o pensionado fallecido, a fin de que puedan seguir atendiendo las necesidades de subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas del deceso, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban en vida de éstos (Sentencias T-190 de 1993 y C-617 de 2001); es decir, *"…la sustitución pensional es una expresión del derecho a la seguridad social que tiene como finalidad evitar la desprotección del grupo familiar que dependía económicamente del pensionado antes de su fallecimiento… " (*T-245/17*).*

Atendiendo la fecha de fallecimiento del causante SAUL AGUDELO RINCON, 10 de junio de 2000 la norma aplicable, como lo ha precisado la jurisprudencia y lo previsto en el artículo 16 del CST, corresponde a la vigente al momento del fallecimiento, motivo por el cual la prestación pensional solicitada, en los artículos 46 y 47 de

la Ley 100 de 1993, en su texto anterior a la reforma introducida por ley 797 de 2003, establecía:

> *"ARTICULO 46. Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*
> *1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
> *2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*
> *a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*
> *b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*
> *PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.*
> *ARTICULO 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
> *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante por lo menos desde el momento en que éste cumplió con los requisitos para tener derecho a una pensión de vejez o invalidez, y hasta su muerte, y haya convivido con el fallecido no menos de dos (2) años continuos con anterioridad a su muerte, salvo que haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido;*
> *b) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;*
> *c) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de éste;*
> *d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

De acuerdo con la normatividad vigente al momento del fallecimiento del causante no reúne los requisitos para tener derecho por parte de los beneficiarios de la pensión de

sobrevivientes, pues no cumple el requisito de encontrarse afiliado al momento de la muerte o haber cotizado por lo menos 26 semanas el año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte, pues falleció el 10 de junio de 2000, y la última cotización data julio de 1998.

Como la accionante pretende e invoca la condición más beneficiosa, siguiendo la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, en su especialidad del trabajo y seguridad social podría aplicarse la disposición inmediatamente anterior, que correspondería al mandato anterior a la Ley 100 de 1993, es decir el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, cuyo artículo 6 establecía:

> ***"ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ.*** *Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:*
> *a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,*
> *b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez."*

Y con relación a los beneficiarios los artículos 25, 26 y 27 del acuerdo 049 de 1990, instituía:

> *"ARTÍCULO 25. PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:*
> *a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común y,*

b) Cuando el asegurado fallecido estuviere disfrutando o tenga causado el derecho a la pensión de invalidez o de vejez según el presente Reglamento

ARTÍCULO 26. CAUSACION Y PERCEPCION DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. El derecho a la pensión de sobrevivientes se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente Reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o del pensionado.

ARTÍCULO 27. BENEFICIARIOS DE LA PENSION DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE POR RIESGO COMUN. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por riesgo común, los siguientes derechos habientes:

1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

Se entiende que falta el cónyuge sobreviviente:

a) Por muerte real o presunta;

b) Por nulidad del matrimonio civil o eclesiástico;

c) Por divorcio del matrimonio civil y,

d) Por separación legal y definitiva de cuerpos y de bienes.

2. Los hijos legítimos, naturales y adoptivos menores de 18 años, los inválidos de cualquier edad, los incapacitados por razón de sus estudios, siempre que dependan económicamente del asegurado y mientras subsistan las condiciones de minoría de edad, invalidez y los estudiantes aprueben el respectivo período escolar y no cambien o inicien nueva carrera o profesión por razones distintas de salud. La invalidez será calificada por los médicos laborales del Instituto.

3. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos, tienen derecho en forma vitalicia, los padres del asegurado, incluidos los adoptantes, que dependían económicamente del causante.

4. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos con derecho o padres, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos que dependían económicamente del asegurado y hasta cuando cese la invalidez.

Con relación a la aplicación de la condición más beneficiosa, si bien se han presentado posiciones diferentes entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación ha seguido el criterio señalado por la Corte Suprema de Justicia, por ser el órgano cierre de la jurisdicción ordinaria.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, respecto al principio de condición más beneficiosa, ha precisado su aplicación a la norma inmediatamente anterior, para lo cual se cita como criterio auxiliar lo expuesto en sentencia SL 1938 de 10 de junio 2020,

Radicado 70924, MP. DR. IVAN MAURICIO LENIS GOMEZ; para mayor precisión se transcribe lo siguiente.

"… 2. El principio de condición más beneficiosa
Este principio tiene gran importancia a efectos de definir la norma aplicable en caso de un cambio normativo y, en materia de seguridad social, consiste en la preservación de las condiciones o los requisitos establecidos en la disposición anterior para acceder a una prestación, cuando aquella ha sido sustituida por otra.
Tal principio en nuestro ordenamiento jurídico ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, a partir de la interpretación de algunas normas del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 13 –mínimo de derechos y garantías-; no obstante, dicho estatuto constitucional lo consagró en el artículo 53.
En efecto, el citado precepto establece que «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios del trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores», esto es, que las situaciones individuales y concretas previamente reconocidas deben conservarse ante una sucesión normativa; en otros términos, la nueva norma debe respetar las reglas que el régimen previo estableció.
A diferencia de los derechos adquiridos (artículo 58 ibidem), el principio de la condición más beneficiosa no procura por la protección de situaciones jurídicas consolidadas, en tanto que su campo de acción es mucho más amplio y cobija incluso a situaciones en proceso de consolidación, pues conserva los efectos de un estatuto normativo, que, si bien fue objeto de derogatoria parcial o total, eventualmente es aplicable ultraactivamente.
En el caso de la pensión de sobrevivientes, la institución de la condición más beneficiosa protege las expectativas legítimas de los beneficiarios de un afiliado al sistema general de pensiones que fallece, siempre que haya cotizado la densidad de semanas establecidas en la ley anterior, pero cuyo hecho generador -la muerte-, ocurrió durante la vigencia de la norma posterior.
Pero la aplicación del principio en referencia tiene, además, las siguientes características: (i) no es absoluta ni atemporal; (ii) procede en caso de un cambio normativo, y (iii) permite la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente al momento del fallecimiento, si el afiliado aportó la densidad de semanas requeridas para el reconocimiento del derecho pensional.
La característica relativa a que no es absoluto e ilimitado en el tiempo, significa que no puede ser usado para garantizar la perpetuidad de un régimen o de una regulación que en un tiempo pretérito estuvo vigente y le era aplicable a un sujeto o a un grupo, dado que, bien comprendido, su ámbito de actuación se orienta a conservar un régimen normativo anterior cuando quiera que el

trabajador haya cumplido una condición relevante del mismo que, si bien no es definitiva para adquirir el derecho, juega un rol fundamental en su consolidación.

En este sentido, la condición más beneficiosa se sitúa en un lugar más allá de la simple expectativa para ubicarse en el concepto de expectativa legítima tutelable por el ordenamiento jurídico, en la medida en que no desconoce y ampara la consolidación de una exigencia relevante, que si bien no es suficiente para alcanzar el derecho, en tanto no se ha cumplido otra condición ulterior, sí genera la confianza fundada en torno a que el régimen que estaba en curso y en el que cumplió algunos presupuestos será respetado.

Sin embargo, su aplicación no puede ser irrestricta al punto de petrificar la legislación e impedir la puesta en marcha de reformas sociales de interés general, de las cuales dependa la realización y efectividad de los derechos de la comunidad o, la supervivencia de instituciones y prestaciones fundamentales para la sociedad; es decir, su aplicación debe ser razonable y proporcional a fin de no lesionar o comprometer otros derechos de interés público y social.

En esta dirección, esta Sala en sentencia CSJ SL 7964, 4 dic. 1995, indicó que este postulado «no es absoluto y en manera alguna conduce al anquilosamiento de la normatividad laboral, pues de lo que se trata es de proteger al trabajador que construye su vida y la de su familia alrededor de unas expectativas económicas y jurídicas generadas en su propia labor, de manera que un cambio desfavorable de esas expectativas sólo es humana y jurídicamente admisible, cuando en cada caso concreto medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general reconocido». De ahí que el delimitar la aplicación del principio de la condición más beneficiosa a la norma inmediatamente anterior sirve a varios propósitos:

1. Si la potestad de configuración de un sistema pensional permite al legislador introducir cambios a fin de garantizar los principios y objetivos del mismo, no tendría sentido mantener en el tiempo disposiciones anteriores, puesto que ello haría nugatorio todos los propósitos económicos y sociales que pretenden lograrse con una reforma.

2. Si los regímenes de transición siempre son temporales, no hay razón alguna que justifique que la aplicación del principio de condición más beneficiosa deba mantenerse indefinidamente en el tiempo, así bajo su vigencia se haya dado inicio o se hayan efectuado cotizaciones para obtener el amparo que se pretende.

3. Tal restricción contribuye a la preservación de otro valor fundamental del ordenamiento jurídico: la seguridad jurídica, que ofrece certeza a los ciudadanos sobre las reglas jurídicas que emplearán los jueces en la solución de las controversias que se sometan a su consideración, sin que les sea posible acudir a una búsqueda histórica para determinar la norma aplicable a una situación particular; la aplicación del principio amplia e ilimitadamente genera incertidumbre en los actores del sistema

pensional y en los ciudadanos en general, respecto de las reglas que definen el acceso a un derecho pensional.
En conclusión, si la finalidad del principio de la condición más beneficiosa es proteger expectativas legítimas que pueden ser modificadas por el legislador con apego a los parámetros constitucionales, no tiene sentido que su aplicación permita acudir a cualquier normativa anterior o, en otros términos, resulte indefinida en todos los tránsitos legislativos que puedan generarse en la configuración del sistema pensional, de por sí, de larga duración. …"

Así las cosas, con base en los documentos relacionados inicialmente y la jurisprudencia, resulta acertada la decisión de primera instancia, pues el causante consolido las cotizaciones exigida por la normatividad anterior a su fallecimiento (art. 6 Acuerdo 049 de 1990), pues tenía más de 300 semanas cotizadas en todo el tiempo, por lo que se confirmara la condena impuesta, asimismo lo referente al monto de la pensión equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente pues no puede existir pago inferior a dicho monto legalmente.

No sobra señalar respecto de la convivencia, que la juez de primera instancia consideró: *"Finalmente se recibió los testimonios de la señora Claudia Guerrero Rodríguez, Carmen Alicia Arévalo Malagón, Mercedes Liliana Agudelo Acero y Johana Mercedes Agudelo Aguilón quienes dieron cuenta de la real convivencia entre la señora Luz Stella Aguilón y el causante Saúl Agudelo Rincón, q.e.p.d., que nunca se separaron, que fue la señora Luz Stella Aguillón quien se encargó de los cuidados del causante y de las labores propias del hogar hasta el momento de su muerte, indicando que de la relación procrearon cuatro hijos conviviendo en familia todo el tiempo, indican además las citadas situaciones les consta de ser la primera de ellas cercana a la familia, al haber trabajado en uno de los locales de la casa de la propiedad de la pareja, la segunda de ellas al ser la nuera esposa de uno de los hijos de la pareja y las dos últimas, al ser la sobrina del causante y la hija de la pareja, respectivamente, dando cuenta sí que dada la cercanía y el vínculo afectivo y*

consanguíneo conocen de manera directa la relación, sostenida por la pareja", lo que no merece reparo alguno, toda vez que en efecto del análisis de los testimonios aludidos de CLAUDIA GUERRERO RODRIGUEZ, MERCEDES LILIANA AGUDELO ACERO, JOHANA MERCEDEA AGUDELO AGUILLON, y CARMEN ALICIA AREVALO MALAGON (PDF 27AudienciaPruebas), dadas sus circunstancias particulares, y de constarles directamente los hechos sus dichos merecen credibilidad, por lo que sirven para formar el convencimiento, y establecer la convivencia.

Además, como indicó que sirve para acreditar la convivencia, estima la Sala, la circunstancia de encontrarse la demandante en compañía del causante en el establecimiento de comercio que tenían cuando le causaron los disparos a su cónyuge que le causaron la muerte al día siguiente, como da cuenta los documentos relacionados con el fallecimiento del causante (PDF 14 folios 91, acta de levantamiento del cadáver realizada en la Clínica de Occidente y su entrega a la demandante; folio 85 declaración de la demandante ante la unidad de reacción inmediata de la Fiscalía General de la Nación, donde narra las circunstancias en que le propinaron los dispararon el día 9 de junio; folio 107 resultado de la investigación relacionada con el homicidio el causante).

No sobra señalar que la demandada queda facultada para efectuar los descuentos de los aportes por salud, que en su totalidad están a cargo de la pensionada (CSJ SL12037-2017, CSJ SL2376-2018, CSJ SL356-2019 y CSJ SL2557-2020).

Con relación al tema de la prescripción, el artículo 151 del CPTSS, dispone:

“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”.

Es decir que el término de prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, por un lapso igual.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el derecho a la pensión como lo ha precisado la jurisprudencia como tal es imprescriptible y lo que prescriben son las mesadas pensionales, que corresponde a una obligación de tracto suceso o de causación periódica

Sobre el particular, la prescripción de las mesadas pensionales la Corte Suprema de Justicia en SL1867-2023 Radicado 9534. MP. OMAR ANGEL MEJIA AMADOR, expuso:

“Visto lo anterior, le corresponde a la Sala resolver si el Tribunal se equivocó al no reconocer la prescripción del retroactivo, sobre lo cual la Sala considera que el juez colegiado no incurrió en la infracción directa del art. 489 del CST, ni en la interpretación errónea del art. 151 del CPTSS, pues a pesar de que, efectivamente, como lo alega la censura, las precitadas normas dicen que la prescripción se podrá interrumpir por una sola vez, la Sala no puede pasar por alto que, en el caso de mesadas pensionales, el cómputo de esta corre de manera independiente para cada mensualidad pensional desde que se va haciendo exigible.

El artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social señala:

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 (sic) por un lapso igual.

A su vez, los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo rezan:

> ***"Artículo 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".*

> ***"ARTÍCULO 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.*

Por tanto, frente a las mesadas pensionales, sí se pueden tener en cuenta las varias reclamaciones, puesto que, según los arts. 489 del CST y 151 del CPTSS, la regla de una sola interrupción aplica respecto de cada mesada, de acuerdo con su exigibilidad. Así lo tiene asentado la jurisprudencia laboral, a saber:

> *"La imprescriptibilidad del derecho pensional y la vocación prescriptible de las mesadas pensionales obedece, además, a lo siguiente: respecto al estado jurídico de pensionado, si bien puede predicarse su existencia y la consecuente posibilidad de que sea declarado judicialmente, junto con todos sus componentes definitorios, no puede aseverarse su exigibilidad y, por ende, su vocación prescriptible, dado que, se itera, no existe un plazo específico para solicitar la definición de los estados jurídicos que acompañan a los sujetos de derecho. En cambio, en relación con cada una de las mesadas pensionales, en tanto expresiones*

económicas de la situación jurídica de pensionado, sí puede sostenerse su exigibilidad, para, a partir de allí, empezar a contar el término trienal de prescripción (CSJ SL 0052, 26 may. 1986). CSJ SL4340-2019."

Aplicado al asunto bajo examen la normatividad y la jurisprudencia citada se advierte en primer lugar que el recurrente pretende se tenga como fecha de interrupción el 9 de noviembre de 2017, con base en la Resolución SUB 251137, sin embargo, mediante la misma se resolvió según su encabezado un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida "INDEMNIZACION SUSTITUTIVA SOBREVIVIENTES ORDINARIA" y en sus consideraciones se indica:

"Que con ocasión del fallecimiento del señor(a) AGUDELO RINCON SAUL, quien en vida se identificó con CC No. 19,148,055, ocurrido el 10 de junio de 2000, se presentaron las siguiente(s) persona(s) a reclamar la indemnización sustitutiva de la pensión de Sobrevivientes: AGUILLON LUZ STELLA, identificado(a) con CEDULA CIUDADANIA No. 51838096, con fecha de nacimiento 5 de mayo de 1955, en calidad de cónyuge o compañera(o), el 26 de septiembre de 2017 con radicado Nro. 2017_10188342, aportando los siguientes documentos".

Y en su parte resolutiva dispone:

"ARTÍCULO PRIMERO: Negar el reconocimiento de la Indemnización Sustitutiva de Pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de AGUDELO RINCON SAUL por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia a: AGUILLON LUZ STELLA, ya identificado(a) en calidad de cónyuge o compañera(o)" (PDF 014 folios 13-17 entre otros)

Por lo tanto, del contenido de la citada resolución no puede colegirse que se interrumpió el termino de prescripción frente a la pensión de sobrevivientes reclamada en la presente demanda, pues como se acotó la resolución verso sobre la reclamación por concepto de indemnización sustitutiva, en consecuencia, no le asiste razón al

apoderado de la parte demandante al pretender que se tenga la fecha de la misma como de interrupción de la prescripción.

No obstante lo anterior, en segundo lugar, se advierte que en el recurso de apelación el demandante señala que Colpensiones en reiteradas oportunidades desde el 2017, ha negado el reconocimiento de la prestación de la señora Luz Stella ha negado, y como se discute la fecha de interrupción que tuvo en cuenta la juez de primera instancia que corresponde a la fecha de presentación de la demanda, revisado el expediente administrativo (PDF 14), se observa derecho de petición calendado 26 de febrero de 2019 que dirigió la actora a la demandada reclamando su derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de esposa de Saul Agudelo Rincón (PDF 14 folios 125-128, y 627-630).

Asimismo, comunicación de Colpensiones dirigida al señor SAUL AGUDELO RINCON, calendada 7 de marzo de 2019, en donde indica como referencia *"Radicado No. 2019-3063690 de 7 de marzo de 2019"* Tipo de trámite *"Reconocimiento de Pensión de sobrevivientes",* y que *"en atención al trámite de pensión iniciado por Usted, nos permitidos informarle que su solicitud ha sido recibida, …" (PDF 14 folios 443-444).*

Constancia de notificación a la demandante de la Resolución SUB 115362 de 14 de Mayo de 2019, mediante la cual se NIEGA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION (PDF 14 folio 446).

Resolución SUB-115362 de 14 de mayo de 2019, Radicado No. 2019-3063690, por medio del cual se resuelve el trámite, y se indica en los considerandos que la demandante compareció a reclamar pensión de sobrevinientes, el 7 de marzo de 2019, y en la resolutiva

se niega el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (PDF 14 folios 452-455 y 954-958).

Así las cosas, de los documentos relacionados se colige con certeza de que la demandante en el 2019 presentó derecho de petición para que le fuera reconocida pensión de sobrevivientes, petición que fuera resuelta mediante la Resolución SUB 115362 de 14 de mayo de 2019, en donde se señala en los considerandos que la demandante compareció a reclamar pensión de sobrevinientes, el 7 de marzo de 2019, y como la demanda se presentó el 27 de septiembre de 2019, debe tenerse interrumpida la prescripción con la petición que presento la demandante, para lo cual se tendrá como fecha la que indica la resolución es decir el 7 de marzo de 2019, ya que si bien como se anotó el derecho de petición tiene como calenda 26 de febrero de 2019, no tienen constancia se recibido por la demandada.

En consecuencia, se modificará el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a pagar las mesadas retroactivas a partir 7 marzo de 2016, y no como lo dijo la sentencia a partir del 27 de septiembre de 2016, en los términos y condiciones indicados en la misma, con la aclaración que se hizo anteriormente que la demandada queda facultada para descontar los aportes para salud.

Con relación a la otra inconformidad de la parte demandante en el sentido de que se condene a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, expuso específicamente la Juez de primera instancia: *“Ahora bien, para resolver la situación respecto al reconocimiento de intereses moratorios debe indicarse por parte del despacho*

que se solicitan estos en virtud establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, a juicio de esta instancia, no habrá lugar a la condena a condenar a la pasiva por tales intereses como quiera que desde la contestación de la demanda, incluso la administradora colombiana de pensiones Colpensiones dentro de sus actos administrativos siempre manifestó que negó la prestación de sobrevivientes porque no se cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, tal y como se tiene las resoluciones allegadas al plenario, los mismos son viables cuando tenemos que tener en cuenta que los intereses son viables cuando hay una obligación clara, expresa y exigible, lo que no ocurre en el presente conflicto, toda vez que la norma aplicable o la condición más favorable se da exclusivamente en esta instancia a través de esta decisión, entonces solo fue en esta sentencia donde se determinó con claridad que se tenía derecho a dicha prestación. No obstante, a lo expuesto y dada la pérdida de poder adquisitivo de las diferencias impagadas y las mismas se ordenarán sean reconocidas en forma indexada al momento de su pago de acuerdo a la siguiente fórmula, valor a indexar por IPC final"-

Si bien, se puede afirmar que, para el año 2006, ya existían pronunciamientos sobre el reconocimiento de la sustitución pensional, también resulta cierto lo afirmado por el a quo, en el sentido que la demandada negó la pensión de sobrevivientes en un principio por estimar que no se reunían los requisitos de la ley 100 de 1993.

Así las cosas la Sala considera admisible lo manifestado por la juez de primera instancia para no condenar a los intereses solicitados toda vez que la negativa de la demandada en el año 2006 en su momento por parte del ISS, se fundamentó en que no reunía los requisitos legales para tener derecho a la pensión de sobrevivientes lo que en efecto corresponde con la realidad, y solo con la tesis de la

condición más beneficiosa es que se viene a reconocer el derecho, por lo tanto no puede considerarse la tesis de la demandada como caprichosa o arbitraria; y podría servir de sustento para respaldar la decisión del a quo, lo expuesto en la sentencia SL3808 de 2020, radicado 73931, en dicha oportunidad se trató el tema de imponer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por el retardo injustificado en el reconocimiento del retroactivo pensional, y en dicha providencia la Corte precisamente señala:

> *"Pese a tener una naturaleza resarcitoria, la Sala ha admitido que ante situaciones excepcionales no es procedente la imposición de los intereses moratorios, como cuando el reconocimiento del derecho reclamado deviene de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL3087-2014)"Es de anotar, que la jurisprudencia como fuente formal del derecho, tiene como función preponderante interpretar y armonizar los principios y objetivos que irradian la seguridad social como derecho constitucional en pro de la definición de derechos pensionales, y que en muchos casos al ser utilizada por la Sala para resolver la casuística sometida a su consideración no corresponde con la literalidad del precepto normativo, que en su momento sirvió de fundamento al fondo de pensiones para no acceder al derecho reclamado, por consiguiente, no resultaría razonable ni ajustado a derecho la imposición de intereses moratorios porque su actuar en dicho momento histórico estuvo guiado por la normatividad vigente y que plausiblemente estimaba regía el derecho en controversia y el desconocimiento del criterio jurisprudencial impuesto por la Sala para situaciones similares (CSJ-SL3087-2014, reiterada en la CSJ SL11234-2015 y en la CSJ SL763-2018)." (página 22 y 23).*

Situación que podría asimilarse al asunto bajo examen por lo dicho por el a quo, pues no sobra señalar que si bien se habían proferido decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, y por la Corte Constitucional, se resalta al mismo tiempo que en el asunto bajo examen la circunstancia de que la demandante ante la negativa y el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, guardo silencia, pues como se anotó la primera reclamación la viene a efectuar seis años después del fallecimiento del causante año 2006

y sólo hasta el año 2017 vuelve a recabar sobre su solicitud, en donde además la demandada para negar la petición se fundamenta en la investigación administrativa adelantada, según la cual no acreditaba el tiempo de convivencia requerido por la ley

Además no sobra señalar que tampoco fue tema pacifico en la jurisprudencia la imposición de intereses moratorios a pensiones que no fueran reconocidas integralmente con base en la ley 100 de 1993, y precisamente en la sentencia SL 1681 2020, radicado 75127, la Corte unifica su posición frente a la condena de los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para extenderlos a la pensión de la Ley 71 de 1988, reconocida al amparo del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se hace el recuento de la tesis defendida de que los réditos moratorios del artículo 141 de 1993 únicamente procedían frente a pensiones reconocidas integralmente con base en las normas del sistema general de pensiones, y trae en cita sentencias desde el año 2002 hasta el 2018, por lo que replantea el criterio y lo extiende a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, lo que denota la discusión que se presentaba sobre la aplicación de los intereses moratorios.

Y con relación al recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones basta decir que la condena en costas opera por mandato legal a la parte que es vencida en el juicio como lo establece el artículo 365 del CGP, por lo tanto, con base en la norma citada resulta acertada la condena a pagar las costas, sin que dicha disposición disponga alguna excepción, y tampoco existe norma expresa que excluya a la demandada de su imposición.

En los anteriores términos quedan resueltos los puntos objeto de inconformidad señalados por los recurrentes pues como se dijo la Sala solo tiene competencia para examinar los temas que puntualmente se indicaron al momento de interponer el recurso de apelación, y lo que se estudió en el grado jurisdiccional de consulta.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, se fija como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimo legal vigentes, toda vez que el recurso de la parte demandante salió parcialmente favorable y desfavorable el de la parte demandada.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario de Primera Instancia promovido por **LUZ STELLA AGUILLON** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, en el sentido de condenar a la demandada a pagar las mesadas retroactivas a partir 7 marzo de 2016, y no como lo dijo la sentencia a partir del 27 de marzo de 2016, con la aclaración que la demandada queda facultada para descontar los aportes para salud, y confirmarla en todo lo demás, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, se fija como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimo legal vigentes.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital *"al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes"*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria