



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por GUILLERMO ALBERTO ALVAREZ LOPEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

RADICADO: 11001 3105 001 2019 00732 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 del señor Guillermo Alberto Álvarez, respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre de 2022.

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

COLPENSIONES, manifestó que deberá confirmarse la decisión de primera instancia, al considerar que el demandante, inició sus cotizaciones al Sistema de Seguridad Social cuando se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para el 1 de febrero de 1996, por lo que el actor nunca estuvo afiliado al Régimen de Prima Media, situación que permite concluir que no hay lugar a que se declare la nulidad y/o ineficacia al traslado de régimen.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia al considerar que no se dio por demostrado, estándolo que las demandadas no dieron a el demandante asesoría completa, oportuna y valida de manera comparativa entre los regímenes del Sistema General de Pensiones respecto de los riesgos y desventajas de realizar su afiliación al RAIS ni tampoco con relación al hecho de permanecer afiliado a dicho régimen pensional, esto de conformidad con los artículos 4, 15 y 15 del Decreto Ley 656 de 1994 en armonía con las previsiones de los artículos 3, 97 y 99 del Decreto Ley 663 de 1993. .

Porvenir S.A., solicitó se confirme en su integridad la sentencia emitida en primera instancia, al considerar que no es viable declarar la ineficacia de traslado, toda vez que el demandante jamás perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y por ello, no es factible retrotraer una situación inexistente.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó a cada una de las administradoras demandadas y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene su afiliación al RPM y se traslade a la Administradora de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los recursos correspondientes a los aportes realizados al RAIS junto con sus rendimientos.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 30 de octubre de 1950; que se afilió el 1 de febrero de 1996 a la AFP Colmena hoy Protección S.A; posteriormente en el mes de abril del 2001 se trasladó a Porvenir S.A y en el año 2015 a Skandia., sin que los asesores suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; precisó que el 15 de julio de 2019, le solicitó a Colpensiones solicitó su traslado mediante formulario de afiliación; respuesta que fue contestada por la entidad de forma negativa.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 53 y 83 de la Constitución Política, los artículos 12,13,59, 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 4 del Decreto Ley 656 de 1994, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 3 del Decreto 663 de 1993, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 797 de 2003, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, los artículos 1740,1741, 1742, 1746, 1510,1511 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado 31989 y 31314 de 2008, 68852 del 2019, 33083 de 2011.

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, manifestó que la afiliación del demandante a la AFP es válida y eficaz, toda vez que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, a través de la firma del formulario de vinculación que cumple con los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación, genérica, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir.

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 a la AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos en la sentencia C- 1024 de 2004. Propuso 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, inexistencia del derecho, genérica, no procedencia al pago en instituciones administradora de seguridad social.

Mediante auto del 12 de julio de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de las demandadas Porvenir S.A y Old Mutual hoy Skandia.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de noviembre de 2022, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: NEGAR todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por el señor GUILLERMO ALBERTO ALVAREZ LOPEZ identificado con C.C. N°8.350.417 en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y SKANDI ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., por la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y OLDMUTUAL HOY SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES YCESANTÍAS S.A, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor GUILLERMO ALBERTO ALVAREZ LOPEZ identificado con C.C No.8.350.417

TERCERO: Se declaran probadas las excepciones propuesta por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, el despacho se releva del estudio de las demás excepciones por sustracción de materia.

CUARTO: Se condena en costas a la parte demandante.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el precedente de la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento manifestó que la primera inscripción al sistema era permanente independiente del régimen que seleccione el afiliado, dicha afiliación no se pierde por dejar de cotizar durante uno o varios periodos; precisó por otro lado que la jurisprudencia ha precisado que lo que puede

invalidarse es el traslado entre regímenes, no la selección inicial, menos cuando no existe acto previo de afiliación al RPM, toda vez que el demandante se vinculó inicialmente a Colmena hoy Protección S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación al considerar que el fallo proferido desconoce entre otros, los artículos de la Ley 100 de 1993 números 13 literal b; 31; 59; 95; 96, 106; 271 y 272; los artículos 4, 14 y 15 del Decreto-Ley 656 de 1994; los artículos 3; 97 y 99 del Decreto-Ley 663 de 1993; el Decreto 692 de 1994, artículos 4; 5 y 38; el Decreto 1888 de 1994, artículos 4, 5; 8, numerales 1, 4 y 8 y artículo 9; los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; los artículos 2,3,5 y 7 del Decreto 2241 de 2010 compilado en el Decreto 2555 del 2010 y los artículos 167; 191 Y 194 del Código General del Proceso aplicables en materia laboral conforme lo dispone el artículo 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social.

Precisó que el desconocimiento de las normas citadas deriva en haber apreciado erróneamente las pruebas obrantes en el proceso: 1.) no dar por demostrado, estándolo que las demandadas no dieron al demandante asesoría completa, oportuna y valida entre los regímenes pensionales 2.) dar por demostrado sin estarlo, que, con la mera firma de afiliación, está plenamente probado que el actor suscribió dicho formulario de manera libre y voluntaria 3.) que de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que no se recibió

asesoría previa a la afiliación para que al suscribir formulario fuera un consentimiento informado como lo exigen las disposiciones legales y así lo manifestó el demandante en el interrogatorio de parte, sin que exista prueba por parte de las demandadas que permita concluir la asesoría brindada fuera idónea.

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 inexistencia y nulidad 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 SL14212019, 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.

Sentado lo anterior y una vez revisado el acervo probatorio, en el presente asunto se evidencia que el señor Guillermo Alberto Álvarez López se afilió el 1 de febrero de 1996 a Colmena S.A., hoy Protección S.A., posteriormente en el mes de abril del 2001 se trasladó a Porvenir S.A y en el año 2015 a Skandia S.A., sin que los asesores suministraran la

información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; encontrándose que no se está en presencia de un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al régimen al Régimen de Ahorro Individual sino de un acto de afiliación inicial en el RAIS.

En consecuencia, pese a que de conformidad con la jurisprudencia citada las AFP están obligadas como quedo expuesto con el deber de información que establece el precedente jurisprudencial, esto es que la información fuera clara, cierta, comprensible, oportuna y completa, lo cierto es que no resulta posible acudir a la figura de la ineficacia del traslado tal y como lo señalo el juzgador de primera instancia, ya que nos encontramos con un escenario diferente, porque el actor nunca hizo parte del sistema pensional antes de haberse vinculado al RAIS, situación que encuentra precedente en la sentencia SL4211-2021 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Descongestión N°2 .

En relación con la situación aquí planteada, es pertinente traer a colación la sentencia STL3634-2021 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que señaló lo siguiente:

“Pues bien, analizada la sentencia reprochada advierte la Sala que el sentenciador de segundo grado, indicó que la vinculación del accionante a Colfondos S.A. no obedeció a un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, en realidad, lo que ocurrió fue un acto de afiliación inicial al referido ente de seguridad social. De ahí, precisó que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha edificado la teoría de la información documentada exclusivamente en los asuntos donde se pretenda la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS. En tal sentido, el ad quem adujo que como quiera que la parte actora realizó su afiliación inicial a la citada AFP el 6 de noviembre de 1999, no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues tampoco acreditó algún perjuicio en su derecho o expectativa pensional. De lo antedicho no se extraen definiciones que contraríen el precedente judicial,

toda vez que, en aquellas oportunidades, el problema jurídico se desató respecto al traslado de régimen pensional de personas que tenían la calidad de afiliados al RPMPD y se trasladaron al RAIS, circunstancia que no se evidencia en este asunto pues, se reitera la afiliación inicial al sistema del actor tuvo lugar el 6 de noviembre de 1999. En tal virtud, se advierte que la decisión proferida el 11 de diciembre de 2020 por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería es razonable, en la medida que no es posible endilgarle un desconocimiento del precedente. De modo que en este asunto no se estructura ninguna de las causales que excepcionalmente autorizan la intervención del juez de tutela en la órbita del juez natural, pues este último ejerció adecuadamente su labor de administrar justicia, sin incurrir en errores protuberantes que ameriten la adopción de las medidas urgentes que se solicitaron. Las anteriores consideraciones resultan suficientes para negar el resguardo deprecado.”

Bajo las premisas anteriores, 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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de noviembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OLGA LILIANA LOZANO GUARNIZO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 003 2020 00375 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 6 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que a la demandante no le asiste derecho alguno en sus pedimentos, en virtud de que no se logro demostrar que en algún momento fue obligada por el fondo privado de afiliarse, toda vez que la elección fue espontanea, libre y sin presiones, situación que permite concluir que fue plenamente valida; precisó que existe por parte de la actora una incapacidad legal palmaria que existe para recibirla en el Régimen Prima Media con prestación definida de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

I. ANTECEDENTES

La señora Olga Liliana Lozano Guarnizo, 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 valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 17 de noviembre de 1987, que se trasladó a Protección S.A., el 1 de marzo de 2009, sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado proyecciones pensionales, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el Decreto 663 de 1993, la Ley 100 de 1993 y las sentencias de las Corte Suprema de Justicia con radicados 68852 del 9 de octubre de 2019, SL 31989 de 2008, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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 si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información brindada por parte de los asesores de la AFP. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

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 se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió la actora, el cual se realizó de forma libre y espontánea. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la Demandante OLGA LILIANA LOZANO GUARNIZO del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S. A., realizado el 22 de enero de 2009, para entender válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante OLGA LILIANA LOZANO GUARNIZO por concepto de cotizaciones, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, así mismo deberá devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y la comisión para constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PROTECCIÓN S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante OLGA LILIANA LOZANO GUARNIZO, 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 propuesta por COLPENSIONES que denominó INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA, y adicionalmente declarar no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por ambas demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (\$1.500.000) PESOS MCTE., a cargo de cada una.

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 párrafo del 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 esencial 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 Colmena hoy Protección S.A., el 1 de marzo de 2009.

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 6 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

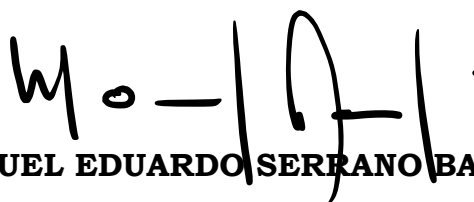
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDUARD
ALBEIRO ZAMBRANO LEAL CONTRA CODENSA S.A. E.S.P.
Y PROYECTOS DE INGENIERIA S.A. - PROING S.A.
LLAMADO EN GARANTIA AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 004 2019 00072 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo 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 actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de julio de 2021. La sentencia declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por las

demandadas y absolvió a las mismas de todas las pretensiones formuladas en su contra. El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y en su lugar se acceda a las pretensiones reclamadas.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que el contrato de trabajo por obra o labor contratada suscrito con Proing S.A., era ineficaz ya que el cargo y funciones desarrolladas eran permanentes y necesarias dentro de la actividad principal desarrollada por Codensa S.A. E.S.P. y por tanto dicho contrato debía entenderse celebrado a término indefinido, así mismo, solicitó que se determinara que las empresas demandadas eran responsables solidarias de todos los derechos laborales reclamados, Condensa por ser la beneficiaria directa del servicio y Proing S.A. por haber actuado como intermediaria de la contratación laboral, igualmente, reclamó la ineficacia del despido efectuado el 17 de septiembre de 2015, dado que ostentaba fuero circunstancial por estar en vigencia el conflicto colectivo entre el sindicato Redes y las demandadas, siendo que fue despedido sin justa causa y con desconocimiento del debido proceso.

En consecuencia solicitó el pago de salarios, prestaciones y aportes al SGSS de orden legal y extralegal mientras se

resolvía el conflicto colectivo de trabajo, al pago de lo adeudado por trabajo en tiempo suplementario, a la incidencia salarial de la “*bonificación por producción*” recibida por valor de \$105.000 mensuales, a las indemnizaciones moratorias de que trata el artículo 65 del C.S.T. y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a la indexación de las sumas, a los intereses moratorios, a lo que resultare probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que dentro de las actividades de comercialización de energía, Codensa S.A. E.S.P., ejercía un control estricto sobre el manejo de este negocio y para el efecto contaba con trabajadores que cumplían funciones específicas relacionadas con la verificación y control de pérdidas de la energía eléctrica las cuales se desarrollaban por personal vinculado mediante contratos de trabajo suscritos con empresas contratistas de Codensa S.A. E.S.P. como lo era Proing S.A., empresa con la cual suscribió contrato por obra o labor determinada para desempeñarse como “*Técnico Electricista Inspección*”, en virtud del cual entre otras, debía inspeccionar y verificar equipos de medida del servicio de energía con el fin de detectar algún tipo de fraude o alteraciones en el funcionamiento que impidiera la medición, inspeccionar equipos de baja tensión, inspeccionar el grupo medida, registros fotográficos y cortes de energía.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Proing 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 fáctico y legal de la oposición radicó en que la empresa no era una intermediadora laboral ya que si se revisaban los pliegos del proceso de selección objetiva se encontraría que el objeto del contrato no era proveer personal sino ejecutar actividades, adicionalmente destacó que no podía considerarse como ineficaz el término por obra o labor contratada ya que este en nada vulneraba la legislación laboral por ser un contrato típico y reglado en el C.S.T. y en este no se establecieron estipulaciones que fueran en contravía de los derechos e intereses del trabajador o que afectaran su situación como trabajado. Finalmente aludió que el contrato de trabajo finalizó por justa causa (por incumplimiento a las obligaciones respecto al uso de los elementos de seguridad y buen funcionamiento de la empresa), sin que previo a ello se le hubiera notificado a la empresa que el ex trabajador pertenecía al sindicato Redes.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de fuero circunstancial, inexistencia de afiliación al sindicato entre enero de 2015 y septiembre de 2015 e innominada.

Condensa S.A. E.S.P., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que entre el actor y Codensa nunca existió un relación laboral, ni

contrato laboral, destacando que el único responsable era la empresa Proing S.A. quien vinculó al actor, sin que condensa actuara como intermediaria puesto que entre Codensa y Proing S.A., se celebró un contrato de suministro de servicios para las operaciones técnicas y comerciales integrados en la zona norte, ejecutado de acuerdo con la normatividad comercial vigente por intermedio del cual el contratista se comprometió obrando bajo su cuenta y riesgo con libertad autonomía técnica y administrativa a la ejecución a cabalidad del contrato.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación pretendida, falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia del derecho, no aplicabilidad para el presente caso del fuero circunstancial, prescripción, falta de causa y cobro de lo no debido, compensación y genérica.

Igualmente, formuló llamamiento en garantía a Axa Colpatria Seguros S.A., con fundamento en que Proing S.A. constituyó a favor de Codensa S.A E.S.P. póliza de seguro de cumplimiento mediante la cual garantizó el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones garantizadas a cargo del afianzado en virtud de la ejecución de los contratos que se ejecutaron para esta.

Mediante auto del 8 de octubre de 2019, notificado por estado el día 9 del mismo mes y año, se admitió el llamamiento en garantía realizado a Axa Colpatria Seguros S.A., quien

contestó la demanda indicando que no se evidenciaba elemento de juicio alguno que permitiera establecer la responsabilidad solidaria de Codensa como empleadora del actor al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T. y propuso las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de obligación solidaria, prescripción de las acreencias laborales, falta de prueba de las acreencias reclamadas, inexistencia de fuero circunstancial.

En cuanto al llamamiento en garantía, se opuso al mismo señalando que la cobertura de la póliza de cumplimiento No. 8002039396 se encontraba limitada a los términos del clausulado y dado que no se configuraban los requisitos establecidos para declarar a Codensa solidariamente responsable de las acreencias laborales no se podía activar la cobertura de la póliza y en todo caso si se condenara a la misma debía considerarse que Codensa incumplió las garantías expresamente pactadas dentro del contrato de seguro, ya que la misma confesó que existía un proceso con hechos y pretensiones similares en su contra que no fue notificado. Propuso las excepciones que denominó: la cobertura de las pólizas se circunscribe a los términos de los clausulados, en ausencia de responsabilidad de Codensa no existe cobertura de la paliza de cumplimiento, exclusión de beneficios adicionales, limitación de las indemnizaciones reconocidas por la póliza de cumplimiento, la responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma máxima asegurada y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de julio de 2021., el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación pretendida formulada por CONDENSE y de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación por PROING S.A.

SEGUNDO: ABSOLVER a PROYECTOS DE INGENIERIA S.A. – PROING S.A., CONDENSE S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., de todas las pretensiones formuladas por el señor EDUAR ALBEIRO ZAMBRANO.

TERCERO: DECLARAR no probada la tacha del testigo Luis Piñeros.

CUARTO: CONDENAR en costas al actor.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que debía tenerse en cuenta la diferencia entre tercerización de servicios (dejar de asumir una función secundaria que desplegaba la empresa para recurrir a un tercero especializado en el servicio, quien lo presta con autonomía) y tercerización laboral (mano de obra), observando así de los certificados de existencia y representación legal allegados que Codensa tenía una actividad principal como lo era la distribución de la energía eléctrica, mientras que Proing S.A., era un tercero especializado en realizar labores de ingeniería eléctrica y encontrando probado que el actor suscribió contrato de trabajo con esta última.

Igualmente, aludió que se allegó el contrato marco suscrito entre Codensa y Proing S.A., a partir del cual coligió que el elemento de prestación personal del servicio en favor de Codensa se cumplía y con ello se activaba la presunción del artículo 24 del C.S.T., la cual se desvirtúa porque lo cierto era que estaba acreditado que condensa ejerció en debida forma la

tercerización de los servicios, según se desprendida del objeto de la contratación, no se evidenciaba subordinación desplegada por Codensa ni que esta le diera ordenes al actor; por el contrario, se observaba que el control disciplinario se efectuó por Proing S.A., e incluso en el interrogatorio el actor reconoció que quien le cancelaba el salario era Proing S.A., sociedad a la que pertenecían los funcionarios que le daban órdenes, declarando así probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Acto seguido, precisó que la garantía del fuero circunstancial contemplaba que solo se podía dar por terminado el contrato de trabajo si se configuraba una justa causa, señalando que para el caso bajo análisis el despido ocurrido el 7 de septiembre de 2015, se encontraba acreditado, mencionado que la carta de terminación del contrato se sustentaba en la aplicación del numeral 6 del literal a del artículo 62 del C.S.T. y de los numerales 1° y 7° del artículo 43 del RIT y destacó que el mismo fue producto de un trámite disciplinario como se señalaba por la demandada, lo cual podía colegirse de los documentos allegados, indicándose que la carta de despido no podía analizarse de manera aislada sino integral con el proceso disciplinario, encontrando que en este el trabajador aceptó no haber utilizado elementos de protección bajo la excusa de estar cargando una herramienta, encontrando acreditado el incumplimiento pregonado y por tanto que el contrato no finalizó en forma injusta.

Finalmente, en lo que tenía que ver con el pago de la bonificación por producción y reliquidación de prestaciones sociales, señaló que no se encontraba probado el pago de la bonificación de producción y si bien en el interrogatorio el actor mencionó que este pago recibía el nombre de licencia no remunerada, lo cierto era que no estaba probado que tal concepto correspondiera a la bonificación de producción y en todo caso solo se evidenció un pago por valor de \$37.600 lo cual no correspondía al valor señalado en la demanda \$105.000, razón por la cual declaró probada la excepción de cobro de lo no debido y de inexistencia de la obligación

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que fueron desconocidos por el despacho todos los principios fundantes del derecho al trabajo, especialmente en lo que tiene que ver con la prevalencia de la realidad frente a las formalidades, resaltando que se desconocieron los últimas sentencias de la Corte Suprema de Justicia en lo que tenía que ver con la tercerización laboral, siendo que esta había sido mal empleada para esconder la verdadera relación laboral que existía entre el trabajador y Codensa, pues se demostró como en ejercicio del cargo para el cual fue contratado cumplía funciones específicas relacionadas con el mantenimiento, verificación e inspección de elementos que eran de propiedad

de Condesa y que única y exclusivamente se utilizaban para que Codensa pudiera desarrollar su objeto social.

Así mismo, aludió que se desconoció en el caso del trabajador el debido proceso, el cual debía ceñirse al de un proceso disciplinario para llegar a demostrar la justa causa, como quiera que independientemente de las razones que dieron lugar a la apertura del proceso disciplinario, el trabajador no fue debidamente informado al momento de su llamado a descargos de cuál era la supuesta falta cometida y cuál era la eventual sanción que podría imponérsele, en tanto que solo fue informado de esto al momento en que se le comunicó la terminación del contrato de trabajo.

En cuanto a la reliquidación de las prestaciones sociales y del pago de la bonificación, señaló que no se valoró debidamente la explicación dada por el trabajador demandante, ya que la valoración probatoria debía hacerse atendiendo las reglas de la sana crítica y en este caso esas reglas de la sana crítica solo aplicaron en contra del trabajador, pues solo se tuvieron en cuenta las explicaciones dadas por el testigo y por los representantes legales.

Finalmente, en lo relacionado con el fuero circunstancial, se indicó que se demostró claramente en el trámite de esta audiencia que el trabajador se afilió al sindicato y que esa afiliación fue debidamente notificada a las entidades demandadas, aludiendo que si bien era cierto esto se hizo con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, el

trabajador manifestó su decisión de afiliarse al sindicato con anterioridad a este hecho.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada suscrito entre el actor y Proing S.A., igualmente establecer si el actor era beneficiario de la garantía de fuero circunstancial, si la terminación del contrato obedeció o no a una justa causa y si había lugar al pago de la reliquidación de prestaciones sociales por incidencia laboral de la bonificación por producción.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre el señor Eduard Albeiro Zambrano Leal y Proing S.A., se suscribió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, el cual estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 22 de enero de 2015 y el 17 de septiembre de 2015; ii) que el actor fue contratado para desempeñarse como técnico electricista inspección; iii) Que la empresa Proing S.A., fue quien terminó unilateralmente el contrato de trabajo suscrito con fundamento en el numeral 6 del literal a del artículo 62 del C.S.T. y en los numerales 1 y 7 del artículo 43 del RIT.

Considerando que en este asunto se cuestiona si era posible efectuar una vinculación laboral bajo la modalidad de

contrato por obra o labor entre el actor y Proing S.A., resulta importante señalar que verificados los certificados de existencia y representación legal allegados de las demandadas se advierte que Codensa S.A. E.S.P., tiene como objeto principal la distribución y comercialización de energía eléctrica, también la ejecución de todas las actividades afines, anexas, complementarias y relacionadas a la distribución y comercialización de energía, la realización de obras, diseños y consultoría en ingeniería eléctrica y la comercialización de productos en beneficio de sus clientes (fl. 371), mientras que Proing S.A., la ejecución de actividades de ingeniería eléctrica dentro de las que se encuentra el desarrollo de programas de reducción de pérdidas consistentes en la verificación del funcionamiento, retiro e instalación de medidores de servicio de energía eléctrica, remodelación de redes a instalar macro mediciones y realización de balances de energía por circuito y/o transformadores (fl. 332).

Así mismo, se observa que el objeto del contrato No. 570000628 del 17 de febrero de 2014, suscrito entre Codensa S.A. y Proing S.A., consistía en desarrollar actividades de control de pérdidas para clientes de mercado masivo, grandes clientes, clientes de otros comercializadores y mantenimiento del sistema de macro medición en el área de cobertura de Condesa SA - Zona Norte, es decir, que la actividad contratada se encuentra dentro de las especiales de ingeniería eléctrica que ejecutaba Proing S.A., sociedad que a su turno suscribió contrato de trabajo por obra o labor con el señor Eduard Albeiro Zambrano, para que el mismo se desempeñara como técnico electricista inspección, factor 1 en la primera fase de

la obra o labor contratada por el cliente Codensa, pactándose como duración *“(...) se celebra por el tiempo que dure la obra o realización de la labor determinada o labor contratada, es decir, por el tiempo que dure la obra o labor contratada por la empresa con su cliente CODENSA, hasta el avance en PDT aprobado en un 8%. En desarrollo del contrato No. 570000628 de fecha 17 de febrero de 2014 (...)”*

Igualmente, se aprecia que dentro de las funciones desplegadas por el actor, se encontraba la de inspeccionar y verificar equipos de medida del servicio de energía eléctrica, con el fin de determinar algún tipo de fraude o alteraciones en su funcionamiento que impidieran la medición, inspeccionar equipos de baja tensión e inspeccionar grupos de medida, actividades que obedecen al giro ordinario de los negocios de Proing S.A. como se evidenció en líneas anteriores

Visto lo anterior, lo primero que debe anotarse es que de acuerdo con lo contemplado en el artículo 45 del CST, tratándose de los contratos de trabajo por obra o labor, se exige una formalidad correspondiente a que la obra o labor sea determinada, ello quiere decir, que tenga unas características bien definidas que permitan establecer cuándo se entiende finalizada la obra o labor.

Sin embargo, nuestro órgano de cierre en sentencia SL4936-2021, señaló que la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación “duración de la obra o labor” sin que fuera exclusivo o excluyente y sin que las funciones a desempeñar

tuvieran la virtualidad de restarle validez al acuerdo, puntualizando que en el evento en que el contrato se hubiese pactado por tiempo determinado con un plazo o fecha de finalización cierta y no condicionada, esto es, sin la determinación de un plazo posible o probable, se estaría en frente de otro contrato, esto es, a término fijo, de lo contrario se estaría frente a un contrato por duración de la obra o labor.

Acto seguido, se resaltó en la sentencia aludida que en el caso allí analizado el contrato se convino por la duración de la labor contratada, la cual estaba supeditada o ligada a la ejecución de las obligaciones en el contrato de prestación de servicios suscrito por su empleador con el contratante, precisando que aunque la labor se estimó hasta cierta fecha, tal mención no lo convertía en un contrato de trabajo a término fijo, con fecha de terminación cierta, ni anulaba la condición prevista en el acuerdo, ya que su duración era determinable al estar sujeta a la permanencia de la obra o la labor contratada.

Atendiendo el criterio jurisprudencial antes expuesto, se tiene que el contrato por obra o labor suscrito por el actor podía estar sujeto o condicionado a la ejecución de las obligaciones adquiridas en el contrato suscrito entre Codensa S.A. E.S.P. y Proing S.A., que se traducen en el desarrollo de actividades de control de pérdidas y mantenimiento del sistema de macro medición, de manera que en este caso si era viable efectuar una vinculación laboral mediante contrato por duración de la obra o labor.

Todo lo anterior conduce a considerar que la prestación personal del servicio desplegada por el demandante, se efectuó fue en favor de la empresa Proing S.A. y si en gracia de discusión se considerara en favor de Codensa S.A. E.S.P., lo cierto es que de las pruebas allegadas tales como los documentos del trámite disciplinario, los comprobantes de pago y lo mencionado por el ex trabajador en la diligencia de descargos acerca de quien le suministraba ordenes conduce a considerar la inexistencia de subordinación por Codensa y la total autonomía administrativa-técnica- financiera de Proing S.A. incluido el manejo de su personal, aspectos que resultan sufrientes a juicio de esta sala para confirmar la decisión en este punto.

En lo que tiene que ver con el fuero circunstancial, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 25 del Decreto Ley 2351 de 1965, el artículo 36 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978 y el artículo 433 del C.S.T., de donde se concluye que la garantía consiste en que los trabajadores afiliados al sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo y que para para obtener el amparo, debía aparecer demostrado que la organización sindical presentó al empleador un pliego de peticiones conforme lo establece la ley y que el trabajador que lo solicita, pertenece al referido sindicato.

Ahora bien, de acuerdo con la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa y lo expuesto en los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, se prevé que la terminación por justa causa, 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.

En esa medida, como la prohibición en este escenario recae respecto del despido injusto, se procederá a analizar si en este caso se encuentra acreditada o no la justa causa, para ello se resalta que a folio 69 del plenario, obra la carta de terminación del contrato de trabajo, de fecha 17 de septiembre de 2015, en los siguientes términos:

“(…)

Por medio del presente escrito se le comunica de la terminación de su contrato individual de trabajo con justa causa con la empresa **PROYECTOS DE INGENIERIA S.A**

El despido se hace dando aplicación al artículo 7° del decreto 2351 de 1965, artículo 62 del C.S.T., que señala: “Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: literal... a) por parte del patrono: Numeral 6. “Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo de Trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Reglamento Interno de Trabajo Cap. XII Art. 43, numeral 1) “Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar, los preceptos de este reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes según el orden jerárquico establecido”, numeral 7) “Observar las medidas preventivas higiénicas prescritas por el médico de la empresa o por las autoridades del ramo y observar con suma diligencia y cuidado con las instrucciones y órdenes preventivas de accidentes o de enfermedades profesionales”. Por el anterior motivo, la empresa da por terminado su contrato de trabajo, amparándose en las causales contempladas en los numerales anteriormente descritos.

Favor entregar dotación, carné y herramientas que hayan sido asignadas, para elaborar su respectivo Paz y Salvo.

(…)”

Igualmente, se observa a folio 355 citación a descargos del 8 de septiembre de 2015, en la que se le indica al actor “(...) *Sirva presentarse el día 10 del mes de Septiembre del año 2015, a las 4:00 pm, para que explique los hechos ocurridos el día 2 de septiembre de 2015, en horario laboral, donde se evidenció el no cumplimiento de sus funciones al no utilizar los EPP (casco, barboquejo y gafas). Poniendo la salud y bienestar de usted en riesgo, faltando así, al reglamento interno de trabajo y a las políticas institucionales de PROING S.A. (...)*”.

Así mismo, se allegó el acta de diligencia de descargos, efectuada en la fecha señalada en la citación, esto es, el 10 de septiembre de 2015, de la cual resultan relevantes los siguientes extractos:

9. P/ Porque el día viernes 04 de septiembre, usted no sigue los procedimientos estipulados para el uso de EPP al iniciar la operación?

R// Estaba cargando la herramienta trenzada y cogí el corral con los antebrazos, en ningún momento realice una actividad mecánica, o manipulación de herramienta para utilizar los guantes, solo estaba cargando la herramienta con mi cuerpo

10.P/ Porque en el momento que el SISO le realiza la observación de utilizar los guantes por seguridad, usted no atiende este llamado?

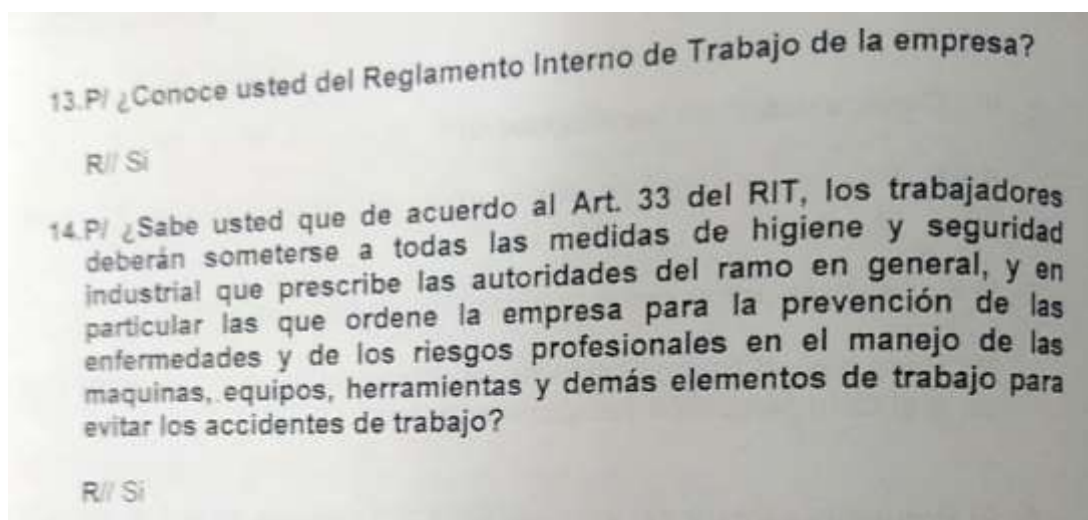
R// Porque en ese momento no estaba manipulando mis manos y además era un corral plástico.

11.P/ Desde que momento se deben utilizar los EPP?

R// Desde que me bajo del vehículo para realizar una maniobra

12.P/ ¿La empresa le ha asignado EPP (elementos de protección personal)?

R// Si



Como se observa, el actor en la diligencia de descargos reconoció que debía acatar las medidas de higiene y seguridad industrial proscritas por las autoridades o por la empresa para la prevención de enfermedades y riesgos profesionales en el manejo de equipos, herramientas y/o elementos de trabajo y que además no estaba usando los elementos de protección personal “guantes de seguridad” al manipular la herramienta cuando ello debía hacerlo desde que descendía del vehículo para realizar alguna maniobra e incluso se tiene que ello fue objeto de observación por el encargado de seguridad industrial y pese a ello no se acató la medida, aspectos que conducen a confirmar la decisión, por cuanto como se señaló por el a quo, el empleador está obligado a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y en los eventos en que existan deficiencias en estos aspectos y se genere el riesgo la responsabilidad recae en el empleador con las consecuencias que ello acarrea.

En lo referente a la vulneración del debido proceso en el trámite de la terminación del contrato de trabajo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre tiene como criterio

pacífico que el despido no tiene carácter sancionatorio y por ende no se debe agotar un procedimiento de este tipo salvo que así se hubiese acordado entre el empleador y los trabajadores o para las causales expresamente determinadas en la ley y/o jurisprudencia¹.

De igual forma, no puede pasar desapercibido que 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 y que en adelante procede a acoger este fallador, 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) (...)”

Así las cosas, se tiene que no se efectuó afectación alguna en los términos señalados por el recurrente, pues de una

¹ Frente al tema pueden consultarse entre otras las sentencias SL2351-2020, SL 1981-2019 y SL13691-2016.

parte el despido no es sanción y por ende no debía agotarse un proceso disciplinario previo y en todo caso se cumplió con la garantía de respeto debido en la relación laboral como se desprende de la citación y diligencia de descargos.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la reliquidación de salarios y prestaciones sociales, con ocasión de la bonificación por producción por valor de \$105.000, sobre el particular es importante mencionar que el artículo 167 del CGP, establece que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue, en esa medida y valoradas las documentales allegadas, tales como los comprobantes de nómina, no se evidencio ningún pago por concepto de bonificación ni coincidente con el valor aludido, así como tampoco se allegó algún otro documento que evidenciara tal pago a efectos de evidenciar por ejemplo su habitualidad.

En cuanto a lo señalado por el actor en el interrogatorio de parte rendido, debe tenerse en cuenta que la C.S.J., S.C.L, en reiterada jurisprudencia, entre otras, en la sentencia SL2436-2021, se indicó que para que opere la confesión, esta debe versar sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, de manera que lo indicado por el ex trabajador se debe tener como una simple manifestación de la parte siendo que no pudo acreditarse que el pago de la bonificación se efectuara bajo la denominación de licencia frente a la cual en todo caso solo obra un pago.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de julio de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE JOAQUIN
ORTIZ CONTRA FONDO DE PRESTACIONES
ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP.**

RADICADO: 11001 3105 006 2019 00925 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés
(2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Laura Esmeralda Romero Ballestas, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.706.243 y tarjeta profesional No. 141.315 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Foncep en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de enero de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia recurrida ordenó reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación a partir del día 20 de julio del año 2018 y los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Los recursos de apelación tienen por objeto de una parte que se modifiquen los IPC con los que se efectuó la indexación y la fecha a partir de la cual se aplicación la prescripción y de otra la revocatoria de la decisión.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se condenara a la demandada a la indexación de la primera mesada pensional de la pensión sanción que le fue reconocida por vía judicial conforme al IPC de los salarios devengados en el último año de servicio hasta cuando cumplió los 60 años de edad, a las diferencias pensionales causadas entre la pensión sanción indexada y la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, a los intereses moratorios causados, a las costas y agencias en derecho y a lo que resultara probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 20 de julio de 1948; que prestó sus servicios para la EDIS como obrero, desde el 18 de agosto de 1980 hasta el 15 de junio de 1994, laborando más de 13 años; que el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 26 de septiembre de 2002, le reconoció la pensión sanción prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir de la fecha en que cumpliera 60 años; Que mediante Resolución No. SPE 00119 del 11 de septiembre de 2019, la Secretaria Distrital de Hacienda, le manifestó la imposibilidad constitucional de cumplir el fallo, decisión que fue confirmada en resoluciones No. SPE 000126 del 28 de septiembre de 2012 y DSB 000003 del 15 de noviembre de 2012; que el 24 de julio de 2008, solicitó reconocimiento y pago de la pensión de vejez al ISS, administradora que mediante Resolución No. 054185 del 12 de noviembre de 2008, le reconoció pensión de vejez financiada con bono pensional a partir del 20 de julio de 2008, en cuantía de \$461.500 y que mediante reclamación presentada el 25 de octubre de 2019, solicito a la Secretaria Distrital de Hacienda la indexación de la primera mesada pensional de la pensión sanción y pagar la diferencia entre la pensión sanción indexada y la que recibía de Colpensiones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Foncep, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que el actor no tenía derecho al

reconocimiento y pago de una inexistente pensión sanción, siendo que el actor no percibía la misma por una clara e insuperable imposibilidad constitucional y legal, así mismo, mencionó que debía tenerse en cuenta que el demandante percibía una mesada pensional por parte del ISS, consolidada con los aportes efectuados al distrito capital, quien en su momento giro el bono pensional al ISS.

Propuso las excepciones de mérito de imposibilidad de acatamiento al fallo proferido por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., incompatibilidad de la pensión sanción y la pensión de jubilación, indebida financiación de la pensión sanción y la pensión de jubilación, prescripción de los factores salariales, improcedencia de los intereses moratorios pretendidos y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de enero de 2022, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“CONDENAR al FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS PENSIONES Y CESANTÍAS - FONCEP a reconocer y pagar al demandante señor JOSÉ JOAQUÍN ORTIZ, la pensión de jubilación en cuantía inicial de \$727.135 pesos a partir del día 20 de julio del año 2008 y los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde la exigibilidad de la obligación insoluta de pago mes a mes hasta cuando se produzca el pago de la obligación.

LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN SE DECLARA PARCIALMENTE PROBADA a partir del día 2 de diciembre del año 2016, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

COSTAS a cargo la parte demandada vencida en el proceso, se fija en la suma de \$3.000.000 de pesos por concepto de agencias del derecho.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que el 26 de septiembre de 2002, el juzgado primero

laboral del circuito de Bogotá, condenó a Santafé de Bogotá Distrito Capital, a reconocerle al actor una pensión sanción de jubilación en forma proporcional, teniendo en cuenta el último salario promedio mensual devengado por el actor de \$323.260,50 de acuerdo al total del tiempo laborado, a partir de la fecha del retiro si para entonces hubiere cumplido la edad de 60 años o una vez se acreditara cumplirlos, no obstante, no se decidió sobre la indexación de tal pensión, señalando que ante tal situación y conforme a lo establecido por la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L., entre ellas, la SL979-2019, la indexación procedía respecto de todo tipo de pensiones causadas aún con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, por lo que procedía la actualización del IBL de la pensión.

Adicionalmente, indicó que en aplicación del artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 (compartibilidad de la pensión sanción), norma vigente a la fecha de estructuración de la pensión (15 de junio de 1994), el reconocimiento de la pensión sanción la asumiría inicialmente la entidad accionada pero cuando se satisficieran los requisitos exigidos por el ISS hoy Colpensiones, este asumirá su obligación y el Foncep cesaría en el pago de la prestación, salvo que el ISS reconociera la prestación en cuantía inferior, evento en el cual el Foncep debería cubrir la diferencia.

Igualmente, se mencionó que como en este caso la reclamación administrativa se presentó el día 14 de febrero del año 2012, siendo resulta en forma definitiva la petición en noviembre de 2012 y la demanda se presentó el 2 de diciembre

de 2019, no operó la interrupción de la prescripción, razón por la cual las mesadas anteriores al 2 de diciembre de 2016, estaban prescritas.

Finalmente, respecto a la procedencia de intereses moratorios, señaló que los mismos resultaban procedentes desde la exigibilidad de la obligación insoluta de pago mes a mes hasta la fecha efectiva de pago, en aplicación de la sentencia SL3130-2020 y SU65-2018, que establecían la procedencia de los intereses en relación con las pensiones de un mandato legal, convencional o particular, inclusive con independencia de que el derecho haya sido reconocido con fundamento en la ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

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

El **apoderado de la parte actora**, señaló que estaba conforme con la decisión salvo en lo relacionado con los IPC tenidos en cuenta para actualizar el salario pues debían considerarse los establecidos en la página del DANE, que arrojarían un salario de \$1.403.465,88, al cual una vez aplicada la tasa de reemplazo (51,89%) determinaría como mesada para el año 2008, la suma de \$728.258,44 que era superior a la establecida por el despacho.

Por otra parte y frente a la prescripción, señaló que si bien se presentó una reclamación en el año 2012, considerando que frente a esta ya había transcurrido el término de prescripción volvió a presentar una nueva reclamación el 25 de octubre de 2019, por lo que la prescripción aplicaba desde el 25 de octubre de 2016.

El **apoderado del Foncep**, indicó que no se encontraba de acuerdo con la totalidad de la decisión en la medida que no estaba obligado a reconocer, ni pagar ningún tipo de indexación, ni siquiera una pensión sanción al demandante, toda vez que fue el mismo demandante quien indujo en error al ISS hoy Colpensiones, para que le reconociera una pensión de jubilación teniendo en cuenta el tiempo laborado entre el 18 de agosto de 1980 y el 15 de junio de 1994, ya que el mismo tenía conocimiento de la sentencia judicial emitida el 26 de septiembre del 2002, por lo que obro de mala fe del actor al solicitarle al ISS el reconocimiento y pago de una pensión teniendo en cuenta aportes que ya habían sido objeto de sentencia judicial anterior, precisando que si bien el ISS emitió el acto administrativo por medio del cual se le reconocía la pensión al actor, esta se encontraba financiada por un bono tipo b del tiempo laborado en servicios con el estado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, se manifestó inconformidad respecto al reconocimiento de los intereses moratorios, por cuanto el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señalaba que las prestaciones económicas reconocidas en vigencia de la ley del sistema general de pensiones eran a las que se les aplicaban

los intereses moratorios. De igual forma, aludió que no se encontraba de acuerdo con los IPC tenidos en cuenta para realizar la indexación, ya que estos eran inferiores a los reconocidos por el despacho.

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 las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resultaba procedente la indexación de la pensión sanción reconocida al actor en fallo judicial, acto seguido, se analizara si era viable la compatibilidad y/o compartibilidad de la pensión sanción y la pensión de vejez reconocida por el ISS hoy Colpensiones y en caso afirmativo si resultaban procedentes los intereses moratorios.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que mediante sentencia expedida el 26 de septiembre de 2002, por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá D.C., se condenó a Bogotá Distrito Capital a reconocer y pagar al actor pensión sanción de jubilación de que trata el art. 8 de la Ley 171 de 1961, teniendo en cuenta el último salario devengado por el actor, ascendente a \$323.260,50 y de acuerdo con el tiempo total laborado a partir de la fecha de retiro si para ese momento hubiese cumplido los 60 años o desde la fecha que los haya cumplido o desde la fecha que los cumpla; ii) que mediante Resolución No. SPE-000119 del 11 de septiembre de 2012, expedida por la Subdirección de proyectos Especiales de la Secretaría Distrital

de Hacienda de Bogotá D.C., tal entidad se abstuvo de dar cumplimiento al fallo judicial antes mencionado toda vez que el ISS, ya le había reconocido pensión de vejez considerando el tiempo trabajado con el Distrito Capital y la administración había transferido el bono pensional al seguro social, sin que además existiera compatibilidad entre la pensión sanción y la de jubilación conforme a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y iii) que mediante Resolución No. 054185 del 12 de noviembre de 2008, el ISS le reconoció pensión de vejez al actor, a partir del 20 de junio de 2008, en cuantía de \$461.500 conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que *“(...) el tiempo cotizado a otras entidades de previsión del sector público y el cotizado al ISS, acredita las 1125 semanas como mínimo exigidas para la pensión.”*, conforme se acredita con las documentales allegadas y no tratarse de asuntos controvertidos por las partes.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que la pensión sanción nace a la vida jurídica con la acreditación del tiempo de servicios y el retiro del trabajador, ya que la edad, no es elemento esencial para el surgimiento del derecho, sino que tan solo constituye un requisito de exigibilidad del pago de la prestación, tal y como se ha explicado en diversas oportunidades por la C.S.J., S.C.L.

En ese orden de ideas, se tiene que la pensión sanción se causó el 15 de junio de 1994, cuando el actor fue desvinculado de la entidad y contaba con 13 años, 9 meses y 24 días de

servicios tal y como se indicó en el fallo judicial, data para la cual se encontraba vigente el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, que contempló en su artículo 17, la compartibilidad de la pensión sanción, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 17. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCION.

Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.”

Como se observa, para la fecha en que se causó el derecho existía previsión legal que contemplaba la compartibilidad de la pensión sanción con la de vejez que reconociera el ISS, en virtud de la cual el empleador debía pagar la pensión sanción una vez se cumpliera la edad, debiendo efectuar cotizaciones al ISS, hasta cuando se cumplieran los requisitos para obtener la pensión de vejez, evento en el cual solo tendría a su cargo el pago del mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía pagando al pensionado.

En medida, resulta claro que era necesario analizar la pensión sanción que le fue reconocida al actor, siendo que el primer reparo presentado recaía en que tal pensión no había sido indexada, advirtiéndose que tal y como lo concluyó el a quo, este asunto no fue objeto de discusión en la sentencia que reconoció la pensión sanción al actor.

Frente al tema, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL2695-2022, ha señalado que la indexación de la primera mesada pensional opera para todas las pensiones, señalándose en primera medida que procedía para “(...) *aquellas causadas con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991 (CSJ SL, 31 jul. 2007, rad. 29022) y luego, en sentencia CSJ SL736-2013, la extendió para cobijar todo tipo de pensiones causadas antes o después de la vigencia de la actual Carta Política (...)*”.

Adicionalmente, debe memorarse que en criterio de las altas cortes la indexación de la primera mesada se produce, cuando habiendo ocurrido el retiro del servicio, el pensionado alcanza a completar los demás requisitos para acceder a la prestación cuando ha transcurrido uno o más años después del retiro, de modo que, con ese transcurso de tiempo, el salario con que se liquidaría la pensión habría sufrido detrimento pues habría perdido poder adquisitivo.

Conforme a los anteriores lineamientos, resulta evidente que para la fecha en que el causante se desvinculó de la entidad accionada devengaba un salario que no representaría el mismo valor para el momento en que se le debería reconocer la pensión sanción, pues habían transcurrido más de 14 años desde la desvinculación (15/06/1994) y la fecha a partir de la cual debía efectuarse el reconocimiento pensional (20/07/2008).

Ahora bien, para liquidar la indexación de la primera mesada pensional, debe aplicarse la siguiente formula: **VA =**

VH x IPC Final /IPC Inicial, en donde: **VA** corresponde al valor actualizado; **VH** (valor histórico), corresponde al último salario promedio mes devengado; **IPC FINAL** es el índice de precios al consumidor de la última anualidad anterior a la fecha de pensión e **IPC INICIAL** es el índice de precios al consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

En forma previa a entrar a analizar la liquidación debe recordarse que aunque el derecho a la pensión no prescribe si prescriben las mesadas pensionales y en esa medida como la demandante presentó reclamación el 14 de febrero de 2012, siendo resuelta tal petición de manera definitiva en resolución DSB – 00003 del 15 de noviembre de 2012 y toda vez que la demanda se presentó el 2 de diciembre de 2019, se tiene que la reclamación presentada no interrumpió la prescripción, debiéndose precisar en este punto que si bien se observa que con posterioridad el 25 de octubre de 2019, se presentó nueva reclamación administrativa, lo cierto es que en los términos del artículo 489 del C.S.T. solo se permite la interrupción de la prescripción por una sola vez, de modo que en este caso se encontrarían prescritas las mesadas anteriores al 2 de diciembre de 2016.

Así, se procedió a efectuar las operaciones aritméticas en apoyo del grupo de liquidadores de la Rama Judicial para establecer el valor de la indexación de la primera mesada pensional, encontrando lo siguiente:

Indexación Salario Promedio						
Año Inicial	Año final	Salario	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Salario indexado
1994	2008	\$ 323.260,50	14,890	64,820	4,353	\$ 1.407.236,11

Primera Mesada Pensional	
Ingreso Base Liquidación	\$ 1.407.236,11
Porcentaje aplicado	51,8125%
Primera mesada	\$ 729.124,21
Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año	2008
	\$ 461.500,00

Tabla Diferencia Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada	Diferencia
20/07/08	31/12/08	5,69%	\$ 729.124,00	\$ 461.500,00	\$ 267.624,00
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 785.048,00	\$ 496.900,00	\$ 288.148,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 800.749,00	\$ 515.000,00	\$ 285.749,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 826.133,00	\$ 535.600,00	\$ 290.533,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 856.948,00	\$ 566.700,00	\$ 290.248,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 877.858,00	\$ 589.500,00	\$ 288.358,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 894.888,00	\$ 616.000,00	\$ 278.888,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 927.641,00	\$ 644.350,00	\$ 283.291,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 990.442,00	\$ 689.455,00	\$ 300.987,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.047.392,00	\$ 737.717,00	\$ 309.675,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.090.230,00	\$ 781.242,00	\$ 308.988,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.124.899,00	\$ 828.116,00	\$ 296.783,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.167.645,00	\$ 877.803,00	\$ 289.842,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.186.444,00	\$ 908.526,00	\$ 277.918,00
01/01/22	31/01/22	5,62%	\$ 1.253.122,00	\$ 1.000.000,00	\$ 253.122,00

En ese orden, se advierte que el valor de la primera mesada pensional difiere de la determinada por el aquo por lo que se modificara la decisión en el entendido que la primera mesada pensional correspondía a **\$729.124,21**.

De igual forma y dado que la pensión reconocida por el ISS hoy Colpensiones, se efectuó en cuantía equivalente al SMMLV, resulta claro que existe un mayor valor que debe reconocer el Foncep (conforme al cuadro antes citado), debiendo tal demandada asumir las diferencias a partir del 2 de diciembre de 2016, conforme se explicó antes en aplicación de la prescripción.

Ahora bien, en cuanto al argumento expuesto por la demandada relacionado con que la mesada pensional que venía percibiendo se había consolidado con los aportes efectuados por el Distrito, siendo que éste giro el bono pensional al ISS, no puede pasarse por alto que la pensión sanción contemplada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, fue concebida con naturaleza indemnizatoria, ya que en el momento en que fue expedida la norma la pensión de jubilación no había sido asumida por el ISS y se encontraba únicamente a cargo del empleador, sin embargo, la consolidación del derecho a tal pensión se efectúa en el transito legislativo y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y considerando que de tiempo atrás ya existía un sistema de subrogación de riesgos de origen legal, en virtud del cual era viable la realización de aportes a otras entidades de previsión o al mismo ISS, conforme se colige de lo señalado en el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990¹.

Nótese además que la C.S.J., S.C.L. en sentencia SL2963-2018, indicó:

“(…)

Así las cosas, la referida compartibilidad pensional no tiene por objeto que el pensionado cuente con dos pensiones, pues, precisamente, el efecto de la mentada figura es el de la asunción del riesgo por el ente de seguridad social con el aseguramiento de que no se deteriore el valor de la pensión que se venía percibiendo, por manera que, la prestación de vejez que otorga la entidad administradora será la que se mantendrá como pensión en toda su

¹ ARTÍCULO 16. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES LEGALES DE JUBILACION. Los trabajadores que al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, lleven 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa de capital de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) moneda corriente o superior, ingresarán al seguro obligatorio como afiliados para el riesgo de invalidez, vejez y muerte. Al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para las pensiones plenas o especiales en ella consagradas, podrán exigir la jubilación a cargo del patrono y éste estará obligado a pagar dicha pensión de jubilación, pero el patrono continuará cotizando en este seguro hasta cuando el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez, y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

identidad; de consiguiente, no por el hecho de que el empleador conserve a su cargo el pago del mayor valor que resultare en favor del pensionado, esa diferencia o mayor valor tendrá las connotaciones de una prestación pensional distinta a la de vejez asumida por el ente de seguridad social, por cuanto que ese valor debe mantenerse por no poderse afectar el quantum o monto del derecho pensional subrogado, habida consideración de que ese parámetro pensional queda cobijado por el concepto de derecho adquirido.

(...)”

De acuerdo con el precedente citado, se tiene que tratándose de pensiones compartidas no puede entenderse que surgen dos pensiones diferentes, sino que para asegurar el pago de la mayor cuantía, se determinó que si el valor que cancelaba directamente el empleador era superior a la mesada que reconociera el ISS, el empleador quedaría obligado a reconocer la diferencia y que en todo caso la pensión de vejez que otorga la entidad administradora sería la que se mantendría en toda su identidad de manera que aunque el empleador conservará el pago del mayor valor no tendría la connotación de una prestación pensional distinta a la de vejez reconocida y por tanto era claro que el derecho pensional del actor podía consolidarse con los aportes del Distrito, en los términos de los artículos 16 y 17 del Acuerdo 049 de 1990.

Finalmente, en lo relacionado con los intereses moratorios, conviene recordar lo expuesto por la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL4300-2021, en donde se indicó:

“(...)”

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

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

Igualmente, debe mencionarse que en reiterados pronunciamientos judiciales también se ha señalado por nuestro órgano de cierre que los intereses moratorios surgen incluso cuando hubiese existido un pago parcial, en esa medida², resulta procedente la condena efectuada por concepto de intereses moratorios, siendo que la mesada pensional del actor se ha dejado de reconocer en forma completa.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de enero de 2022, en el entendido que el valor de la pensión sanción que debió recibir el demandante señor José Joaquín Ortiz para el 20 de julio del año 2008,

² Sobre el tema consultar C.S.J., S.C.L. sentencia Rad. 21892 del 27 de febrero de 2004.

ascendía a \$729.124,21 y que tal pensión tenía el carácter de compartida con la pensión de vejez que le reconoció el ISS.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

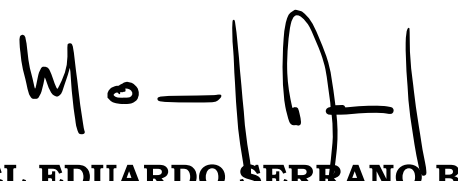
TERCERO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS GABRIEL FONSECA VILLAMARIN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

RADICADO: 11001 3105 010 2018 00608 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo de 2022, en la cual se absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas. El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión para que en su lugar se acceda a la ineficacia de traslado.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia del traslado de régimen que realizó al RAIS inicialmente con Colfondos S.A. y luego con Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se tuviera al actor como siempre hubiese permanecido en el RPM y se ordenara a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de gastos de administración que estuvieron en poder de las administradoras, se actualizara, así como, se corrigiera su

historia laboral, lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 28 de enero de 1960; que se afilió al RPM administrado por el ISS, el 27 de mayo de 1985; que durante su vida laboral estuvo vinculado al RPM, no obstante, se trasladó al RAIS con Colfondos y posteriormente con Porvenir S.A., administradora en la que se encuentra vinculado desde junio de 2003, sin que en ningún caso los asesores de los fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó la demanda y su reforma oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el actor realizó su traslado de manera libre y voluntaria, siendo asesorado en su decisión de trasladarse del RPM por Colfondos S.A., por lo que su afiliación era completamente válida, asimismo aludió que dentro del expediente no obraba prueba alguna de que al mismo se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), en tanto que no hubo manifestación de inconformidad alguna por parte del actor.

Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Colfondos S.A., contestó la reforma de la demanda oponiéndose a las pretensiones¹, con fundamento en que brindó al actor una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el RAIS de la cual venía afiliado, en donde le recordó acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen y le dio a conocer la opción legal de retracto, por lo que no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado de administradora de fondos de pensiones, adicionalmente, indicó no se podía pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratificaba los actos propios del demandante con la vinculación formal a la AFP Colfondos S.A., siendo que dentro del plazo de las disposiciones legales no manifestó inconformidad alguna, tampoco se especificó claramente en qué consistió la acción fraudulenta de la Administradora y el acto cumplió con todos los presupuestos de ley.

¹ Mediante auto del 12 de julio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colfondos S.A.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Porvenir S.A., contestó la demanda y su reforma 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 era Colfondos S.A., la encargada de brindar asesoría especializada al demandante respecto a las consecuencias del cambio de régimen y por ende, la llamada a demostrar en el proceso, que brindó la asesoría idónea y suficiente para que la decisión fuera considerada libre, en todo caso aludió que la afiliación del actor a esa administradora se trató de un acto válido, en la medida en que suscribió solicitud de vinculación el 27 de junio de 2003, de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría idónea y suficiente, evento en el cual nuevamente se le informó sobre las características de los regímenes y las condiciones para acceder a las prestaciones en cada uno, además que el actor no era beneficiario del régimen de transición y tampoco contaba con una expectativa legítima.

Propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, prescripción, compensación,

ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, buena fe e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción genérica denominada como **INEXISTENCIA DE SUPUESTOS DE HECHOS QUE FUNDAMENTE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN A COLFONDOS** del día 04 septiembre de 1997, y por ende de la **INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN DE PRIMA MEDIA A REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** propuesta por la demanda **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS**, se declara probada a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la excepción de inexistencia de la obligación y a favor de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, la de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación y por ende, se **ABSULEVE** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda en su contra por el señor **LUIS GABRIEL FONSECA VILLAMARIN**, de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costa de esta instancia al demandante **LUIS GABRIEL FONSECA VILLAMARIN** a favor de las demandadas **COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, debe ser tasadas por Secretaría e incluir como agencias en derecho a favor de cada una de las demandadas la suma de \$ 200.000.

TERCERO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información

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, no obstante, adujo que de lo señalado en el interrogatorio de parte vertido por el demandante relacionado con que no recordaba lo que sucedió el día del traslado sumado a que existía una incongruencia entre las pretensiones que reformaron de la demanda frente a los supuestos de hecho que fundamentan las pretensiones siendo que en la demanda inicial se solicitaba la ineficacia era respecto de Porvenir S.A. y solo por la vinculación efectuada al proceso de Colfondos S.A. fue que en la reforma se solicitó la ineficacia respecto de dicha administradora, sin que existieran supuestos de hecho que fundamentaran tal traslado o que dieran cuenta de lo ocurrido el 4 de septiembre de 1997, es decir, sin precisarse las circunstancias en que ocurrió, no se produjo la inversión de la carga de la prueba, razones por las cuales estimo que no se consideraba viable acceder a la pretensión de declaratoria de ineficacia de la afiliación.

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 misma, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que si bien en la demanda inicial no se plantearon pretensiones frente a Colfondos ello obedeció a que ni siquiera

existía un formulario de afiliación con tal administradora, es más, el mismo no se allegó con la contestación de la demanda por parte de Colfondos, ni tal demandada cumplió con el requerimiento que le efectuó el despacho sobre el particular, adicionalmente señaló que fue con la contestación de la demanda de Porvenir S.A., en la que se solicitó la falta de integración del litisconsorcio necesario con Colfondos que se dieron cuenta que efectivamente el actor estuvo afiliado a ese fondo de pensiones siendo que no se tenía el formulario de afiliación, razón por la cual se efectuó la reforma de la demanda.

Así, precisó que en las pretensiones de la reforma de la demanda, se solicitó la ineficacia con Colfondos y se señaló que ello ocurría ante la omisión de dicho fondo del deber de informar al demandante con prudencia y pericia y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual, de manera que sí había un fundamento fáctico.

También señaló que era totalmente improcedente y constituía una práctica abusiva cargarle la prueba al actor de demostrar las circunstancias en que ocurrió la afiliación y si se acudía al interrogatorio de parte rendido por el actor si bien se le preguntó si recordaba la fecha de afiliación el demandante y este tal vez señaló que debía retrotraerse hacia atrás porque fue una afiliación en 1997 y no recordaba exactamente como fue el tema, no podía pasarse por alto que

ni siquiera existía el formulario de afiliación, debiéndose tener en cuenta además que en dicha diligencia el actor también indicó que él pensaba que se trataba de un mismo fondo así como también quedo claro que se le había informado que el seguro se iba a acabar.

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.

Precisando lo anterior y previo a entrar a realizar la valoración probatoria respectiva a efectos de establecer si en el presente asunto se acreditó el consentimiento informado, conviene recordar que en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales se ha indicado que corresponde al Juez Laboral el deber de interpretar la demanda y para ello debe

tenerse en cuenta lo expuesto tanto en las pretensiones como en los hechos de la demanda, así analizado el escrito de la reforma de la demanda resulta claro que se solicitó la ineficacia respecto de Colfondos S.A. ante la omisión de tal fondo del deber de informar respecto de las implicaciones del cambio de régimen y sobre las prestaciones que obtendría en el RAIS y en consecuencia solicitó que también se declarara ineficaz el traslado efectuado entre administradoras a Porvenir S.A.

Adicionalmente, resulta oportuno mencionar que si bien no se precisa la fecha en que acaeció el traslado de régimen con Colfondos S.A., lo cierto es que de las pruebas obrantes en el expediente es posible establecerlo (04/09/1997 con fecha de efectividad del 1/11/1997), debiéndose resaltar que aunque no se allegó el formulario de afiliación, Colfondos S.A. aportó documentos tales como historial de vinculaciones SIAFP, reporte emitido por el sistema interno de Colfondos y reporte detallado de la historia laboral del demandante (archivo 34 del expediente digital), de donde se desprende tal fecha, argumentándose por la apoderada en la audiencia del 22 de marzo de 2022, en forma previa a emitirse la sentencia que no pudo allegarse el formulario de afiliación porque el formulario de vinculación todavía no estaba digitalizado y no habían podido dar con la caja en la cual se encontraba el mismo.

Por otra parte, se observa que obra el formulario de vinculación o traslado a Porvenir S.A. realizado el 27 de junio de 2003, en el que se señala como administradora anterior a Colfondos S.A. (fl. 7 archivo 01 del expediente digital) y se

aprecia que en el interrogatorio de parte rendido, el actor indicó que trabajaba en metalmecánicas vulcano empresa con la que toda la vida venia siendo afiliado al ISS en ese régimen, se presentaron unos asesores de Colfondos que hicieron una reunión muy breve con las personas que tenían la posibilidad de vincularse, en donde un asesor les dijo que el seguro social se iba a acabar y tenían que buscar quien administrara la pensión y que podrían pensionarse a una edad inferior y luego les repartieron dulces aunque señaló que no recordaba como acaeció la firma del formulario ni si fue él quien lo diligenció o el asesor que lo atendió.

Valoradas las pruebas recaudadas, se tiene que pese a que no obran las documentales mencionadas respecto de la afiliación a Colfondos y obra solo el formulario de afiliación a Porvenir S.A., estos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo de lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

En ese orden de ideas, no es posible colegir que la pasiva suministró al demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad,

por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Colfondos S.A. y en consecuencia el traslado horizontal efectuado a Porvenir S.A.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración, las primas de las aseguradoras y las comisiones, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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 transcurso 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.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con la ineficacia del traslado, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de marzo de 2022, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante LUIS GABRIEL FONSECA VILLAMARIN, realizada a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS. a partir del 4 de septiembre de 1997. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual

con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros, comisiones, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: como consecuencia de lo anterior CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a trasladar a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones del demandante en el periodo en el que el señor LUIS GABRIEL FONSECA VILLAMARIN estuvo afiliado a dicha AFP, tales como gastos de administración, primas de seguros, comisiones, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

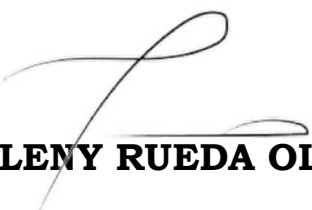
CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

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 a cargo de cada una de las demandadas, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JULIO CESAR
NICOLAS ACEVEDO ORREGO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES
Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 010 2019 00569 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés
(2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito
obranante en el expediente se reconoce a la doctora Alida del
Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de
ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228
del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la

demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de diciembre de 2021, en la cual se absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión para que en su lugar se acceda a la ineficacia de traslado.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS con Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los aportes realizados que se encuentran en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos generados durante el tiempo de afiliación y a Colpensiones a aceptar el traslado de régimen y recibir los aportes, así mismo reclama el pago de las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 27 de junio de 1962; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 30 de noviembre de 1984; posteriormente, el día 10 de julio de 1997, se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que desconocía las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó el traslado del RPM al RAIS, presumiéndose que el mismo se efectuó en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen por lo que la falta de información necesaria y/o ineficacia debía ser acreditada en el proceso, señalando además que no podía ser condenada en costas al no ser el actor de la declaratoria de la nulidad pretendida en el litigio.

Propuso las excepciones de: prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, y la inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

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

oposición, radicó en que la afiliación del actor fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido asesorado sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y de las condiciones pensionales individuales tal y como se apreciaba en la solicitud de vinculación por lo que no operaba la declaración de ineficacia consagrada el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que esta operaba frente a actos que atentaran contra el derecho de afiliación al sistema, debiéndose en todo caso tener en cuenta que conforme a concepto de la Superintendencia Financiera que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar eran los aportes y los rendimientos.

Propuso las excepciones de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de diciembre, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada las excepciones de inexistencia de la obligación por la demandada AFP PORVENIR S.A.S. y la de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir propuesta por COLPENSIONES, en consecuencia Absolver a las demandadas de todas y cada de las pretensiones en su contra por parte del demandante señor JULIO CESAR NICOLAS ACEVEDO ORREGO, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia al demandante y a favor de cada una de las demandadas. Por secretaría practíquese la liquidación de Agencias en Derecho la suma de \$200.000

TERCERO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información 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, no obstante, lo encontró acreditado con lo expuesto por el demandante en el interrogatorio de parte absuelto.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que si bien las pruebas obrantes en el expediente daban cuenta que el actor tuvo un acercamiento con asesores del fondo privado y que esta le dio pormenores y detalles de lo que implicaba acercarse a ese régimen de pensión resultaba importante considerar que el marco de acción en el que se tomó la decisión estuvo fundamentado en la desaparición del

ISS como ente asegurador de la pensión sumado a su situación familiar (cabeza de familia) y que el futuro de su estabilidad económica dependía de tal situación, puntualizando que aunque se suministró información sobre algunos aspectos del RAIS, lo cierto era que no se brindó información completa sobre el particular y hubo muchos aspectos relevantes que no le fueron informados por el asesor.

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 y traslado a Porvenir S.A., el 10 de julio de 1996 (fl. 122 del archivo 01 del expediente digital) y en el interrogatorio de parte vertido, el actor menciona haber

recibido asesoría durante 3 semanas con intermitencia, alude que en este tiempo le fue informado que el ISS se iba a acabar y reconoce que recibió información sobre los beneficios de la pensión en el RAIS.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS, el mismo no resulta suficiente para considerar que recibió el consentimiento informado ni tampoco lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido, pues 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, con las características de ser concretas y precisas en cuanto a los alcances de las consecuencias del traslado; no aparecen acreditadas con la prueba de confesión ni con la documental allegada al proceso.

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

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a

Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración, las primas de las aseguradoras y las comisiones, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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 transcurso 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.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con la ineficacia del traslado, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de diciembre de 2021, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante JULIO CESAR NICOLAS ACEVEDO ORREGO, realizada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a partir del 10 de julio de 1996. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a

devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, primas de seguros, comisiones, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIME FORERO
LLINAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y PROTECCION
S.A.**

RADICADO: 11001 3105 012 2019 00027 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de noviembre de 2022. La sentencia impugnada absolvió a las demandadas de todas y

cada una de las pretensiones formuladas y el recurso de apelación tiene por objeto se revoque la decisión y se acceda a la ineficacia y/o nulidad del traslado.

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

COLPENSIONES., manifestó que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

PORVENIR S.A., solicitó se confirme la sentencia apelada, con fundamento en que el traslado efectuado por el demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en la norma vigente en ese momento; resaltó por otro lado, que la ineficacia de traslado de régimen pensional para un pensionado no resulta procedente esto de conformidad con la sentencia SL373-2023 del 10 de febrero de 2021.

El apoderado de la parte demandante solicitó se declare la ineficacia del traslado, con fundamento en que el señor Jaime Forero Llinas tiene derecho a que se le respete la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado

anteriormente el ISS, esto en razón a que la AFP no informó de manera clara, precisa y suficiente las características, consecuencias, ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional como lo ha estipulado de forma pacífica la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

El señor Jaime Forero Llinas pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., así como también los traslados que efectuó a Porvenir y Protección y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Colfondos, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 13 de septiembre de 1955, que inicio su vida laboral el 10 de mayo de 1976, cotizando para CAJANAL y el ISS hasta el 16 de febrero de 1996, fecha en la que se trasladó a Colfondos S.A y que al momento del traslado de régimen, la AFP no le brindó información suficiente y debida para que tomara una decisión respecto al traslado; que posteriormente en el 27 de febrero de 2002 se trasladó Porvenir S.A., y en el mes de enero de 2004 a la AFP ING hoy Protección S.A; señaló que desde el año 2017 percibe una pensión de tres millones cuarenta y siete mil quinientos ochenta y un pesos, en la modalidad de retiro programado por parte de Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 5, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508 y 1510 del Código Civil, las sentencias de la Corte Constitucional T-818 de 2007 y T-398 de 2009 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 12136 de 2014, 33083 de 2011, 11595 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A, dio contestación a la demandante mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, manifestó que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por el demandante al momento de celebrar el acto jurídico, por lo que se produjo los efectos que ordena la ley hasta alcanzar el estatus de pensionado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, pago, compensación, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica.

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

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que se efectuó se presentó en virtud de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, siendo el Régimen de Ahorro Individual su elección, pues los asesores comerciales de la AFP brindaron al demandante una asesoría integral y completa. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado a Horizonte S.A., goza de completa validez, toda que se informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas del RAIS, para que se tomar una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. 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.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que desconoce la circunstancia en que se produjo el traslado demandante RPM, así como también la asesoría que inicialmente realizara Colfondos S.A., como los traslados horizontales efectuados.

Propuso las excepciones de falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPM, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen, la oficina de bono pensionales cumplió con la emisión y redención del bono pensional, el demandante es beneficiario de una pensión de vejez anticipada situación que impide su retorno a Colpensiones.

III. DEMANDA DE RECONVENCION Y CONTESTACION

Mediante auto del 28 de mayo de 2019, notificado por estado del 29 del mismo mes y año, se admitió demanda de reconvención presentada por Protección S.A contra Jaime Forero Llinas.

En la demanda de reconvención presentada por Protección S.A., esta pretendió que se declarara que la AFP., reconoció pensión de vejez al demandante desde el 26 de febrero de 2013 e ingresó a la nómina de pensionados a partir del 8 de octubre de 2013, con una mesada pensional \$2.625.671; que reconoció retroactivo por valor de \$18.817.314; que desde el año 2019 se encuentra cancelando la pensión de vejez por valor de \$3.159.351 y en consecuencia de ello se ordene restituir los pagos que se han realizado debidamente indexados y a las costas de la demanda de reconvención.

En sustento de las pretensiones, indicó que el señor Jaime Forero Llinas en calidad de afiliado de la AFP, presentó solicitud de pensión de vejez el 26 de febrero de 2013; que el

demandado autorizó a la entidad para realizar los trámites para obtención del bono pensional y aprobó su historia laboral; que se le reconoció pensión de vejez el 8 de octubre de 2013, en la modalidad de retiro programado.

El apoderado de la parte demandante al contestar la demanda de reconvención, se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que no hay lugar a declarar que se reconoció pensión de vejez, en virtud de que el objeto de litigio se centra en la nulidad del traslado de régimen pensión; así como tampoco a la devolución de tales dineros, toda vez que son producto de las cotizaciones realizadas a lo largo de su vida laboral.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de noviembre de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES, PROTECCION, COLFONDOS, PORVANIR y a la vinculada MINISTERIOR DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JAIME FORERO LLINAS, conforme a lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: Dadas las resultas del proceso, el despacho se releva del estudio tanto de la demanda de reconvención como de las excepciones propuestas en la demanda principal.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, en razón de \$200.000 para cada una de las demandadas, incluido el Ministerio vinculado.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte del demandante, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a su favor.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que de conformidad la sentencia SL373 de 2021 proferida por la Corte Suprema de Justicia, no es posible declarar la ineficacia de la afiliación cuando se ostenta la calidad de pensionado en el Régimen de Ahorro Individual, toda vez que dicha calidad es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, en virtud de que no se puede borrar la calidad, ya que ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas entidades, actos, relaciones jurídicas y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de apelación, al considerar que quedó demostrado en primera medida que el demandante no recibió una información, clara, precisa y suficiente al momento del traslado de régimen pensional, tal y como lo ha estipulado la Corte Suprema de Justicia; así como también que el actor adquirió el derecho pensional desde el año 2013 y la sentencia en la que se apoyó la decisión, surge a partir de febrero de 2021; en consecuencia, resaltó que el señor Forero Llinas tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado.

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

VII. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que el demandante tiene la condición de pensionado de Protección S.A., siendo que esto no se desconoce por las partes especialmente por el actor, pues su reparo gira en torno a que no le era aplicable el pronunciamiento efectuado recientemente por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, respecto de ineficacia de traslado en el caso de los pensionados, dado que

para la presentación de la demanda esta no había sido expedida.

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

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

“(…)

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

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

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

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

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

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

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

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación

jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

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

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

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

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

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

(...)”

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

demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Así las cosas, se aprecia que si bien la tendencia jurisprudencial en torno al tema objeto de análisis ha venido variando al punto de llegar a establecer la inviabilidad de la ineficacia del traslado cuando se trata de un pensionado, debe precisarse que considerando el fundamento expuesto en líneas anteriores es evidente que tal posición tiene como premisa el interés general y las razones expuestas avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento, razón por la cual esta sala acoge el criterio del órgano de cierre y considera que el mismo le es aplicable al actor siendo que en dicha providencia se efectuó un análisis particular y concreto de la situación de aquellas personas que tenían la condición de pensionados que hasta el momento no se había efectuado y solo se aplicaban los mismos parámetros sin distinción a la condición de afiliado – pensionado, aunque tal diferencia si comporta consecuencias diferentes como se evidenció en la sentencia citada, de modo que acoger el criterio que rige el asunto particular no genera vulneración a la doctrina probable ni mucho menos los principios y/o derechos aducidos.

En ese orden de ideas y como el demandante Jaime Forero Llinas, poseía el estatus de pensionado, se procederá a confirmar la sentencia expedida por el a quo, en cuanto la misma se ajusta al precedente vigente establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de noviembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante, se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

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



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALVARO
HERNAN PAEZ MORALES CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 015 2020 00451 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar el grado jurisdiccional de consulta concedido respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de febrero de 2022, en la que se ordenó el pago del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante bajo el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de enero de 1995.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, a partir del 1 de enero de 2015, solicitando liquidar la pensión teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años y subsidiariamente teniendo en cuenta toda la vida laboral, igualmente, solicita el pago de los intereses moratorios, al pago de las sumas debidamente actualizadas, al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

En sustento de sus pretensiones mencionó que Colpensiones en diversos actos administrativos le había negado el reconocimiento pensional a pesar que acumuló 1017 semanas cotizadas en cajas públicas y privadas, encontrándose así debidamente agotada la reclamación administrativa.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

la contestación radicó en que no se cumplían los requisitos para tener derecho a la pensión solicitada bajo el Decreto 758 de 1990, puesto que analizada la historia laboral del actor se concluía que el mismo no contaba con las 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto era, entre el 26 de junio de 1990 al 26 de junio de 2010, fecha en la que cumplió 60 años, pues contaba en ese lapso con 0 semanas cotizadas y tampoco tenía 1000 semanas cotizadas exclusivamente al ISS hasta el 31 de diciembre de 2014.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de febrero de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del señor demandante ALVARO HERNAN PAEZ MORALES la pensión de vejez bajo las preceptivas del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 1° de enero del año 2015, en un valor que corresponderá como primera mesada a \$1.639.097 la cual se pagará, en trece mesadas pensionales y se le harán los incrementos pensionales que ha dispuesto el gobierno nacional año a año hasta su inclusión en nómina al valor que corresponda al momento de la inclusión,

SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas pensionales causadas a partir del día 28 de diciembre del año 2018, las que se causen con posterioridad y hasta el momento efectivo de inclusión de nómina y pago de la prestación pensional, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR afectadas por el fenómeno jurídico de la prescripción las mesadas pensionales causadas a partir del día 28 de agosto del año 2015, conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: *AUTORIZAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que conforme lo provee el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 descuento de dicho retroactivo los correspondientes aportes al sistema genere de seguridad social en salud con destino a las EPS que manifieste el señor demandante su voluntad de afiliarse.*

QUINTO: *CONDENAR en costas a la parte demandada para el efecto se fijan como agencias en derecho lo correspondiente a cinco (5) S.M.L.M.V. para el año 2022.*

SEXTO: *Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Superior para efectos que la revise en grado jurisdiccional de Consulta.*

Como fundamento de su decisión, el juzgado encontró probado que el actor era beneficiario del régimen de transición y que tenía derecho a la extensión del mismo hasta el 31 de diciembre de 2014, por lo que procedió a analizar si el demandante dentro de ese lapso cumplió los presupuestos establecidos en el acuerdo 049 de 1990, al respecto precisó que el actor cumplió los 60 años el 24 de junio de 2010 y en cuanto a las semanas cotizadas, indicó que causaba extrañeza que Colpensiones desconociera sus propios actos e historia laboral, pues aunque en el comité de conciliación allegada por Colpensiones se indicó que el actor contaba con 998 semanas cotizadas, en la historia laboral aportada por esta misma entidad (21 de febrero de 2020), al sumar los tiempos cotizados en el seguro social con tiempos públicos esto daba 1002 semanas cotizadas.

Acto seguido, trajo a colación lo expuesto por la C.S.J., S.C.L. en sentencia SL1981-2020, señalando que en tal decisión la corte cambió de posición y asumió que era posible la sumatoria de tiempos públicos y tiempos cotizados al ISS para consolidar el derecho a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, posición que incluso ya había adoptado Colpensiones como lo plasmó en el acta de conciliación

allegada, en donde el fundamento para negar el derecho correspondió a que solo se tenían 998 semanas cotizadas, no obstante, se contaba con 1002 semanas cotizadas para el momento en que se solicitó el derecho, pues incluso el trámite del cálculo actuarial ya se había adelantado (julio de 2018), encontrando así acreditados los presupuestos para efectuar el reconocimiento pensional conforme a los parámetros del acuerdo 049 de 1990, ordenando su reconocimiento en 13 mesadas anuales con los incrementos legales pertinentes.

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios señaló que debía analizarse si habían razones válidas para no efectuar el reconocimiento, sin embargo, señaló que en el caso particular no las había siendo que para el momento en que se presentó la solicitud ya se cumplían los presupuestos para el reconocimiento pensional, en esa medida los 4 meses que se tenían para analizar de fondo la prestación se cumplieron el 28 de diciembre de 2018, por lo que los intereses se causarían a partir de esa fecha hasta cuando se hiciera efectivo el pago sobre cada una de las mesadas pensionales.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer que la actora conservó el régimen de transición y era viable el reconocimiento de la pensión de vejez de acuerdo con las condiciones del régimen anterior a la ley 100 de 1993, y por tanto si procede el reconocimiento de la pensión de vejez

conforme al acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 y si hay lugar o no a la procedencia de intereses moratorios.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en que el actor nació el 24 de junio de 1950, por lo que cumplió 60 años de edad, el 24 de junio de 2010, tampoco existe controversia en que el actor contaba con un acumulado de 1002 semanas cotizadas al 31 de diciembre de 2014, de las cuales 290,86 semanas corresponden a semanas cotizadas en Colpensiones mientras que 711,44 semanas corresponden a tiempos laborados en el sector público.

Frente a la posibilidad de computar tiempos públicos y privados cotizados al ISS, para consolidar el derecho pensional conforme al acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 de 1990), nuestro órgano de cierre en sentencia SL2557-2020, señaló *“Pues bien, en recientes pronunciamientos la Corte cambió de criterio jurisprudencial y estableció que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales (CSJ SL1947-2020 y CSJ SL1981-2020).”*

Encontrándose clara y definida la posibilidad de tener en cuenta la sumatoria de tiempos públicos y privados cotizados en el ISS hoy Colpensiones, se procede a revisar si el actor es beneficiario del régimen de transición y en consecuencia debía reconocérsele la pensión de vejez, conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

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

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

Precisando lo anterior y dado que el demandante nació el 24 de junio de 1950, se tiene que si bien el mismo contaba

con 43 años para la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1° de abril de 1994), por lo que en principio sería beneficiario del régimen de transición, sin embargo, el mismo cumpliría los 60 años de edad hasta el 24 de junio de 2010 (edad exigida en la normatividad anterior Decreto 758 de 1990), por lo que para dicha data era necesario establecer si el actor aún conservaba el derecho al régimen de transición.

A efectos de lo anterior, debía verificarse si el demandante contaba con 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio para el 22 de julio de 2005, pues ello era lo que le daba derecho a conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, según se extrae de las normas citadas en precedencia, encontrando que el actor cotizó entre el 01 de abril de 1974 y el 31 de diciembre de 1995 (en forma interrumpida), un total de 711,44 semanas en el sector público no cotizadas en Colpensiones y más de 100 semanas cotizadas al ISS entre el periodo comprendido entre 1° de octubre de 1996 y el 30 de noviembre de 1998, las cuales resultaban suficientes para poder conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, fecha para la cual acreditó 1002 semanas cotizadas, por lo que se procede a efectuar el análisis pertinente conforme a la normativa reclamada.

Así, verificados los artículos 12 y 20 del Decreto 758 de 1990¹, se advierte que los mismos establecen lo siguiente:

¹Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

“Artículo 12. Requisitos de la pensión por vejez. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

- a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,
- b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Artículo 20. **Integración de las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez.** Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:

(...)

I. Pensión de Vejez:

- a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,
- b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

Parágrafo 1° El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.

Parágrafo 2° La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:

PORCENTAJE DE PENSION SOBRE SALARIO MENSUAL DE BASE				
Número semanas	% Inv. P. total	% Inv. P. absoluta	% Gran Inv.	Vejez
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Número de semanas: Número de semanas cotizadas.

% Inv. P. Total: Porcentaje Invalidez Permanente Total.

% Inv. P. Absoluta: Porcentaje Invalidez Permanente Absoluta.

% Gran Inv.: Porcentaje Gran Invalidez.”

Atendiendo lo señalando en la norma antes citada y como en este caso el actor acreditaba más de 1000 semanas cotizadas, se tiene que la tasa de reemplazo aplicable en el caso abajo análisis correspondería al 75% del IBL.

Considerando lo antes mencionado, se precisa que se tendrá en cuenta los salarios reportados en la historia Laboral y en las certificaciones de salarios mes a mes expedidas por las diversas entidades obrantes en el expediente, procediéndose a establecer el valor de la primera mesada pensional atendiendo lo expuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, teniendo en cuenta los últimos 10 años de cotizaciones.

En forma previa a proceder con las operaciones aritméticas, debe mencionarse que de los diversos actos administrativos, de los reportes de semanas cotizadas y de las solicitudes presentadas, obrantes en el expediente administrativo, se extracta que el demandante solicitó en varias oportunidades la corrección de su historia laboral e incluso se observan pagos realizados por mi planilla por concepto de cotizaciones, generando con ello que pudiera obtener un acumulado de 1000 o más semanas cotizadas a partir de la expedición del reporte de semanas cotizadas del 11 de febrero de 2020, pues antes de esta fecha se reportaba un aproximado de 998 semanas, según da cuenta el reporte de fecha 9 de diciembre de 2019, logrando a partir de ese momento acreditar las 1000 semanas en cualquier tiempo que le permitían obtener el derecho a la pensión, pues no se cumplía con el requisito de las 500 semanas cotizadas en los

20 años anteriores al cumplimiento de la edad, por lo que el reconocimiento de la pensión a juicio de esta sala debía efectuarse era a partir de tal fecha, bajo esta consideración y dado que la demanda fue sometida a reparto el 3 de diciembre de 2020, se tiene que conforme a lo expuesto en los artículos 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T y S.S., las mesadas pensionales no fueron afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Así se procedió a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de la pensión, determinando lo siguiente:

Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1989	219	4,580	103,80	22,664	\$ 93.400,00	\$ 2.116.794,76	\$ 15.452.601,75
1990	365	5,780	103,80	17,958	\$ 114.900,00	\$ 2.063.429,07	\$ 25.105.053,63
1991	93	7,650	103,80	13,569	\$ 145.950,00	\$ 1.980.341,18	\$ 6.139.057,65
1993	141	12,140	103,80	8,550	\$ 325.537,00	\$ 2.783.421,80	\$ 13.082.082,44
1994	365	14,890	103,80	6,971	\$ 481.600,00	\$ 3.357.292,14	\$ 40.847.054,40
1995	360	18,250	103,80	5,688	\$ 572.390,00	\$ 3.255.566,14	\$ 39.066.793,64
1996	360	21,800	103,80	4,761	\$ 1.124.085,17	\$ 5.352.295,43	\$ 64.227.545,12
1997	247	26,520	103,80	3,914	\$ 1.475.437,25	\$ 5.774.901,44	\$ 47.546.688,54
1998	210	31,210	103,80	3,326	\$ 1.469.142,86	\$ 4.886.159,20	\$ 34.203.114,39
2007	119	61,330	103,80	1,692	\$ 1.302.000,00	\$ 2.203.613,24	\$ 8.740.999,18
2011	232	73,450	103,80	1,413	\$ 2.071.387,93	\$ 2.927.298,40	\$ 22.637.774,27
2012	178	76,190	103,80	1,362	\$ 3.522.876,40	\$ 4.799.508,74	\$ 28.477.085,18
2013	360	78,050	103,80	1,330	\$ 1.225.100,00	\$ 1.629.280,97	\$ 19.551.371,68
2014	360	79,560	103,80	1,305	\$ 1.232.000,00	\$ 1.607.360,48	\$ 19.288.325,79
Total días	3609	Total devengado actualizado a:				2020	\$ 384.365.547,66
Total semanas	515,57	Ingreso Base Liquidación					\$ 3.195.058,58
Total Años	10,03	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 2.396.294
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2020	\$ 877.803

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
11/02/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.396.294,00	11,67	\$ 27.956.763,3
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.434.874,00	13,00	\$ 31.653.362,0
01/01/22	28/02/22	5,62%	\$ 2.571.714,00	2,00	\$ 5.143.428,0
Total retroactivo				\$ 64.753.553,33	

En consecuencia, se tiene que la primera mesada pensional que correspondía al actor asciende a \$2.396.294 la cual se reconocerá a partir del 11 de febrero de 2020, en 13 mesadas anuales con los incrementos anuales vigentes, por

haberse causado con posterioridad a la vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Respecto a los intereses moratorios, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4300-2021, indicó:

“(…)

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

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

De conformidad con el precedente citado y toda vez que en el presente asunto, como se señaló en líneas anteriores se acreditó un acumulado de 1000 semanas hasta la expedición del reporte de semanas cotizadas de fecha 11 de febrero de 2020, presentándose nueva reclamación sobre la pensión en tal fecha, se tiene que por virtud de lo señalado en el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, las administradoras pensionales cuentan con 4 meses para efectuar el reconocimiento y dado que no se efectuó a pesar incluso de encontrarse decantada la jurisprudencia sobre la posibilidad de sumatoria de tiempos públicos y privados, resulta procedente la causación de intereses moratorios a partir del 11 de junio de 2020, hasta la fecha efectiva de pago.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de febrero de 2022, en el entendido que el reconocimiento de la pensión de vejez al actor se efectuara a partir del 11 de febrero de 2020, en cuantía inicial de \$2.396.294, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de febrero de 2022, en el entendido que los intereses moratorios se causan a partir del 11 de junio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MARTHA LUCIA DIAZ ARGUELLO
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 015 2021 00384 01

Bogotá D. C., Treinta y Uno (31) de mayo 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 presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES, manifestó que no es procedente declarar la ineficacia, en virtud de que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por actora, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que Colfondos no logró acreditar que el traslado de régimen efectuado el 24 de octubre de 1995, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de dicha AFP, razón por la cual se vulnero el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que previa asesoría pensional y grupal en el lugar de trabajo, la afiliación de la actora con la AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con Porvenir cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley.

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Lucia Díaz, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A y Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y los rendimientos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació 12 de diciembre de 1963; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales y otras Cajas de Previsión Social; que el 1 de noviembre de 1995, se trasladó a Colfondos S.A.; posteriormente el 1 de mayo de 1999 se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el Artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los Artículos 6, 25 y siguientes, 74 y 145 del Código de Procesal Laboral y de la Seguridad Social, la ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los Artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los Artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los Artículos 11, 13, 21, 31, 36, 50, 114, 141, 142, 271, 288, y 289 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994 y

las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 del 2018.

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, señaló que la demandante suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

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 afiliado a Porvenir, por lo tanto, no puede tener como afiliada a la demandante, ni recibir ningún aporte. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la actora se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra los aportes, siendo el RAIS su elección. 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 al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de octubre de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora MARTHA LUCIA DIAZ ARGUELLO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLFONDOS el día 24 de

octubre del año 1995 y como consecuencia de los anterior ORDENAR a la AFP PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliado traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual correspondiente a aportes, rendimientos y bono pensional si ya está allí a la administradora de régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS consecuencia natural de esta ineficacia y conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso la parte motiva.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 1942 de 2022 la elección debe ser libre y voluntaria precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas y desventajas de un cambio de régimen. Respecto de la carga de la prueba, en sentencia SL 1688 de 2019, es la Administradora de Fondos de Pensiones la que tiene el deber de demostrar que cumplió con el deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, al considerar que de acuerdo a los hechos y pruebas en el proceso no se podía concluir en la declaratoria de ineficacia teniendo en cuenta que se pudo establecer que se brindó información a la demandante por parte de Colfondos y que la misma tenía conocimiento de las características del régimen escogido, pues existió traslado horizontal en las diferentes administradoras considerados por la jurisprudencia de la Corte Suprema, como actos de relacionamiento capaces de sanear la presunta deficiencia de la información brindada al momento del traslado; precisó que frente a la no condena de devolver la totalidad de los aportes, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 de 2020 entre otras, ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto, en consecuencia los fondos privados deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con sus rendimientos financieros.

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 25 de marzo 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, 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. y Colfondos 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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de octubre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A y Colfondos 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.

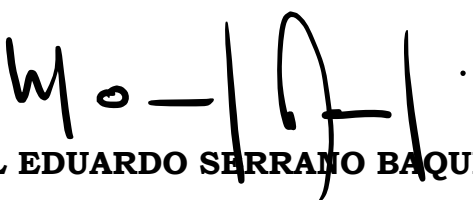
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SEGUNDO JAVIER DAZA PIRAGAUTA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 021 2022 00142 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 presentados por los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de octubre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la parte demandante, en virtud de que la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el Legislador en la Ley 797 de 2003 en su artículo 2, elemento que se encuentra debidamente probado, ya que de la documental presentada, se estableció que al momento de radicada la acción se encontraba a menos de los 10 años previos a cumplir la edad.

El apoderado de la parte demandante, manifestó que dentro del proceso se logró demostrar con las pruebas aportadas y practicadas en el trámite, que el demandante tiene derecho al traslado del régimen pensional por haber estado incurso en vicios en el consentimiento por parte de los fondos de pensiones, teniendo en cuenta que los mismos no demostraron en instancia que se brindó la información oportuna al momento del traslado inicial, por lo que solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que previa asesoría verbal, amplia y suficiente brindada de forma individual en el lugar de trabajo de la parte actora, su afiliación con la AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como fue admitido expresamente y se leer del formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley.

I. ANTECEDENTES

El señor Segundo Javier Daza, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., así como también los diferentes traslados horizontales 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, juntos con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones.

Sustentó sus pretensiones, en que cotizó inicialmente al Instituto de los Seguros Sociales; que, a partir del mes de junio de 2000, se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información para tomar una decisión sobre su régimen pensional; precisó que el 14 de marzo de 2022, le solicitó a Colpensiones tener como nulo el traslado efectuado en el RAIS y la aceptación al RPM, respuesta que fue contestada por la entidad de forma negativa

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 17, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993, los artículos 4 y 9 de la Ley 797 de 2003, los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 y las

sentencias de la Corte Suprema con radicado número 31989 del 2008, 31314 del 2011, 3083 y 42289 de 2012.

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 el traslado de régimen que realizó el actor al RAIS es completamente válido, ya que estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto N°663 de1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

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 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 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 24 de octubre de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor SEGUNDO JAVIER DAZA PIRAGAUTA al régimen de ahorro individual el 26 DE ABRIL DE 2.000, con fecha de efectividad a partir del 1° DE JUNIO DEL MISMO AÑO por intermedio de PORVENIR S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES

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

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

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

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES

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

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con la amplia y consolidada línea jurisprudencial, que claramente constituye precedente judicial, se ha establecido por parte de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 4062 de 2021, SL 1500 de 2022 y SL 1377 de 2022, entre otras, el deber de información donde se ha empezado por señalar que el traslado de régimen pensional debe ser libre y voluntario, contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe estar precedida para entenderse que hay libertad y voluntariedad en ese traslado de una información suficiente. Dicha información no puede ser libre y voluntaria cuando se desconoce la incidencia que pueda tener la decisión que se está tomando frente a sus derechos prestacionales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que si bien existe precedente jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia, también dicha Corporación ha indicado que no debe aplicarse dicho precedente de manera indiscriminada, toda vez que debe existir una similitud, situación que

resaltó en el presente caso no se da, en virtud de que el actor efectuó su traslado de una manera voluntaria, sin presiones, dolo para el año 2000; precisó que las características, condiciones, ventajas y desventajas del sistema general de pensiones se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que el accionante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información brindada por el asesor de la AFP; señaló que todas las actuaciones realizadas por la Administradora se realizaron con fundamento en la normatividad vigente para el momento del traslado; por otro lado indicó que en lo referente a la devolución de los rendimientos, destacó que el efecto de la declaratoria de ineficacia implicaría que los recursos deben corresponder a los generados a Colpensiones y no los que se generaron en el RAIS; refirió que lo que tiene que ver con la devolución de gastos de administración, primas y seguros previsionales de forma indexada no están llamados a reconocer la pensión de vejez, sino por el contrario es una erogación legal que le asiste al fondo privado, los cuales fueron debidamente invertidos.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que no se puede solicitar a las partes una actividad distinta a las que las mismas se encuentran facultadas, más aún cuando en el interrogatorio de parte se indica que fue el empleador que brindó la información y no la AFP, resaltando que la carga del traslado se la indilgaron al fondo privado desconociendo la Constitución Política por un efecto jurisprudencial; precisó con fundamento en las sentencias 31989 del 2008 y SL19447 del año 2017 de la Corte Suprema de Justicia que para este caso dan soporte a lo indicado con anterioridad 1.) sobre la existencia del asesor comercial y 2.) sobre el daño de la proyección de la mesada pensional, sin que en este caso se sepa cuál es el daño cuando ni siquiera el actor sabe cuál es, ni ha solicitado a su fondo pensional lo ilustre sobre el caso; concluyó que en lo referente a la postura de la inexistencia de afectación en el erario público se aparta de la misma en virtud de que no se puede tomar desde la óptica del derecho sino de otras ciencias; toda vez que el RPM es un sistema de reparto que no solamente se satisface al actor sino que con el capital de él se satisface a todos los afiliados del régimen pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE
INDALECIO GONZALEZ PUERTO CONTRA CONSINTE LTDA**

RADICADO: 11001 3105 030 2018 00164 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo 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 Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de junio de 2021.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de 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 16 de marzo de 2016 y el 27 de abril de 2017 y que la suma de \$1.232.800 denominada “otros ingresos” en la cláusula 3 del contrato, constituía salario y por ende factor para el computo de las prestaciones sociales; en consecuencia, se condenara a la demandada al reajuste de prestaciones sociales y vacaciones, a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a las costas del proceso y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que el 16 de marzo de 2016, suscribió contrato por *labor determinada* contratada con la demandada, para desempeñar las funciones de investigador en la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 013 suscrito el 2 de marzo de 2016, entre su empleador “*Consinte Ltda.*” y Colpensiones, correspondiéndole indagar sobre la veracidad de la información suministrada por los solicitantes para la obtención de la pensión de sobrevivientes o del 14%; que el salario mensual pactado ascendió a \$767.200, no obstante, en la cláusula 3 del contrato, se pactó un auxilio denominado “Otros ingresos” por valor de \$1.232.800 dependiendo de las labores que desempeñara en cada uno de los lugares adicionales y gastos en que pudiera incurrir para cubrir necesidades, valor acordado como no constitutivo de salario ni factor prestacional; que el auxilio referido se canceló en

forma habitual y periódica, tratándose de una retribución directa a los servicios y que tenía como fin incrementar los ingresos del trabajador; además manifestó que con el avance del contrato, el empleador varió las condiciones laborales reduciendo tiempos de respuesta y aumentando casos, lo que conllevó a la presentación de su carta de renuncia el 27 de abril de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Consinte Ltda., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que eran parcialmente ciertos otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el pago liquidado se efectuó sobre el salario base acordado entre las partes, precisando que la cláusula de otros ingresos se dio con ocasión del tipo de funciones que debía desarrollar en el cargo de investigador, ya que el actor realizaba desplazamientos fuera de Bogotá y por tanto debía cubrir gastos personales con lo que no se enriquecía su patrimonio, aclarando además que tal auxilio de carácter no salarial ni prestacional se pagaba mensualmente porque las funciones a desarrollar eran las mismas mensualmente y con la finalidad que el trabajador pudiera cubrir los gastos necesarios para desempeñar de manera oportuna y completa la labor encomendada.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de agosto de 2022, el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARESE que entre la sociedad demandada CONSINTE LTDA CONSULTORIA SEGURIDAD INTEGRAL Y COMPAÑÍA LTDA como empleador y el señor JOSE INDALECIO GONZALEZ PUERTO, identificado con CC No. 79.285.788 como trabajador, existió un contrato de trabajo por labor determinada 16 de marzo de 2016 hasta el 27 marzo de 2017, el cual fue terminado por renuncia del trabajador, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARESE probada la excepción de COBRO DE LO NO DEBIDO planteada por la accionada CONSINTE LTDA CONSULTORIA SEGURIDAD INTEGRAL Y COMPAÑÍA LTDA, de acuerdo con lo indicado en la motiva.

TERCERO: ABSUELVASE A LA PARTE DEMANDADA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: CONDENASE en COSTAS a la parte demandante, con base en lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. En consecuencia, por Secretaria Liquidense e inclúyase en el acto de liquidación la cantidad de CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000), por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante.

QUINTO: CONSULTESE la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, por haber salido adversa a los intereses de la parte actora.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que quedaba claro que hubo un ofrecimiento de un pago de hasta \$1.238.200 dependiendo de las labores que el actor desempeñara en cada uno de los lugares de trabajo y en los gastos que pudiera incurrir para sus necesidades personales, sin que se evidenciara algún elemento que condujera a que ese pago y/o auxilio era para cubrir valores por salarios o que ingresaran al patrimonio del actor como podía colegirse de las pruebas documentales allegadas principalmente de lo expuesto en el contrato de trabajo. La carta de renuncia presentada por el mismo trabajador y los extractos bancarios allegados de los cuales además se evidenció que se pagaron diversos valores y no se trató de un suma fija, por lo que no

habían elementos para concluir que se trataba de una cláusula ilegal o que debiera dejarse sin efecto.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente efectuar reajuste de prestaciones sociales y vacaciones considerando como factor salarial el pago del auxilio denominado “otros ingresos” por valor de \$1.232.800 y el pago de las indemnizaciones reclamadas.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo por labor contratada el cual estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo de 2016 y el 27 de abril de 2017; ii) que el actor fue contratado para desempeñar funciones de investigador en la ejecución del contrato suscrito entre su empleador y Colpensiones y iii) que se pactó como salario la suma de \$767.200, aspectos que no tuvieron reparo alguno por las partes y así se derivan de las documentales allegadas al proceso.

Precisado lo anterior, debe indicarse que la controversia en este asunto gira en torno a si el auxilio denominado “otros ingresos” constituye o no factor salarial; para dilucidar lo anterior, lo primero que se realizara será acudir a la cláusula 3 del contrato que contempla el referido auxilio, en los siguientes términos:

“TERCERA: _ OTROS INGRESOS: Adicional a lo anteriormente enunciado, EL TRABAJADOR recibirá como un auxilio de carácter no salarial ni prestacional una suma mensual que puede ascender hasta UN MILLON DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$1.232.800) dependiendo de las labores que desempeñe en cada uno de los lugares de trabajo y de los gastos adicionales en que pueda incurrir para cubrir sus necesidades personales. Se conviene de manera expresa entre el trabajador y el empleador, que las sumas indicadas en la presente cláusula, al tenor de lo normado en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, no se constituyen como salario y por tanto tampoco serán computadas como factor prestacional.”

De la cláusula citada se desprende que el auxilio por otros ingresos podría recibirse en una suma mensual de hasta \$1.238.200, lo que quiere decir que no siempre se recibiría la misma cifra sino que se trataba de un tope máximo, pues se condiciona el pago a las labores que desempeñara el trabajador en cada uno de los lugares de trabajo y de los gastos adicionales en que el trabajador incurriera para cubrir sus necesidades, siendo además convenida su exclusión de la base salarial para liquidar prestaciones sociales.

En este punto cobra relevancia lo expuesto por la misma parte actora en el hecho 6.1. de la demanda en donde reconoce que su labor como investigador en el proyecto de Colpensiones se orientaba a la indagación sobre la veracidad de la información suministrada por los solicitantes ante dicha entidad para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes o del 14% y luego en el hecho 8, en el que adujo que las actividades realizadas como investigador comprendían: contacto con el solicitante, entrevista con el solicitante, labor de vecindario, ubicación de testigos y entrevista, consulta de bases de datos, toma fotográfica de solicitud y pruebas documentales, verificación de autenticidad de registros civiles, entre otros; señalándose

además que tales labores fueron desplegadas en Bogotá D.C., Chía, Mosquera, Cajicá, Soacha, Agua de Dios, Sibaté y eventualmente Boyacá, aspectos que fueron confirmados por la demandada en su contestación, en donde además de las ciudades mencionadas agregó otras.

Adicionalmente, se trata de un hecho notorio que las actividades de investigación de convivencia exigen diversos desplazamientos, gastos de alojamiento, ingreso a servicios sanitarios, telefonía, copia de documentos, visitas a entidades públicas, lo cual junto a lo expresado por la misma parte actora justifican el pacto de la cláusula denominada “otros ingresos” pues al tenor de lo normado en el artículo 128 del C.S.T., se tiene que no constituyen salario las sumas que reciba el trabajador para desempeñar sus funciones a cabalidad.

De otra parte, los extractos del estado de la cuenta de Bancolombia del actor que obran en el plenario (expedidos entre marzo de 2016 y marzo de 2017), evidencian registros por conceptos de “PAGO DE NOM CONSULTORIA SEGU”, sin que pueda establecerse a que título se realizan los mismos; igualmente, se observa que difieren los valores pagados e incluso se efectúan varios registros en el mismo mes, aspectos que impiden conocer con certeza que pagos se efectuaban a título de otros ingresos y determinar si frente a este existía habitualidad en el pago.

En ese orden de ideas, no existen elementos que conlleven a considerar el carácter retributivo que tenía el pago del

auxilio “otros ingresos” y mucho menos que estos se entregaran para que ingresaran al patrimonio del trabajador; siendo que el mismo actor en comunicación enviada al gerente de la demandada previa su contratación reconoce que “(...) si bien es cierto el salario ofrecido es digno, las labores a realizar requieren de gastos adicionales que de no ser cubiertas por parte de la empresa, no me sería posible adelantar en forma integral las labores encomendadas”, razones que a juicio de esta sala resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de junio 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

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FERNANDO SUQUILA CANCHÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 038 2020 00070 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de mayo 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 de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2022, en la cual se absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas y el recurso de apelación tiene por objeto la

revocatoria de la decisión para que en su lugar se acceda a la ineficacia de traslado.

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

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó al RAIS con Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros que componen su cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes, bono pensional, rendimientos, gastos de administración y otros valores pagados con ocasión de su permanencia en el RAIS, así mismo, que se le ordenara a Colpensiones la reactivación de la afiliación y actualizar y corregir la historia laboral como si nunca se hubiese cambiado de régimen, finalmente reclamó el pago de lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 29 de agosto de 1961; que se afilió al RPM administrado por el ISS, el 27 de mayo de 1985; que el 15 de agosto de 1995, fue aprobado su traslado a Protección S.A.; que el 2 de agosto de 2013, suscribió solicitud de vinculación o traslado sin que en ningún caso los asesores del fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el demandante se encontraba válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual pues no se probó error, fuerza o dolo, razón por la cual no era procedente la declaratoria de nulidad de traslado de régimen pensional efectuado, siendo que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de solicitud de afiliación a Protección S.A., además, que atendiendo lo señalado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, su situación ya se enmarcaba en la prohibición allí establecida, que el actor no contaba con una expectativa legítima y que no podía echarse de menos que el afiliado también tenía deberes de informarse respecto del contrato que se estaba suscribiendo.

Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominadas o genéricas y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social.

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, negó algunos hechos y refirió que no le constaban otros. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que se estaba frente a un acto existente, válido, exento de vicios del

consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, advirtiéndole que el formulario de vinculación se suscribió de forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado, aludiendo además que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de la restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas A.F.P. PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por FERNANDO SUQUILA CANCHON. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo

en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de cada una de las demandadas.

CUARTO: *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que no se configuraban los elementos, en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, para declarar la ineficacia, razón que conducía a la absolución de las convocadas a juicio, precisando que no se desconocían los múltiples pronunciamientos en los que la C.S.J., S.C.L., avalaba la ineficacia de la afiliación de las personas que se vinculaban al RAIS cuando se detectaba la omisión del deber de información que tenían a cargo las AFP (generando una falta de consentimiento informado), no obstante, esto también conllevaba necesariamente a hacer una valoración de los vicios del consentimiento y que por tanto estos pronunciamientos no se aplicaran de manera automática irrestricta o irreflexiva, situación que impedía aplicarla bajo los mismos raceros pues no se trataba de una ineficacia de pleno derecho o automática y que en gracia de discusión si fuera de pleno derecho habría que analizar que al dejarse sin efecto la afiliación y efectuarse la nueva esta sería libre pero no espontánea porque ya se conocerían las condiciones como está conformada su historia laboral.

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 misma, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que se equivocó el juzgado al señalar que la información que tenía que recibir el demandante fue la necesaria en 10 minutos para informarle de los peligros que corría al trasladarse de régimen cuando ya se había pronunciado la jurisprudencia en reiteradas oportunidades sobre la omisión de brindar información y el consentimiento viciado, entre ellas, las sentencias SL1452-2019 y SL1217-2021 y que el engaño sufrido por el trabajador conllevó a que el actor renunciara a una mejor pensión.

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 realizados por el actor a Protección

S.A. (15/08/1995), igualmente, se tiene que el actor en el interrogatorio de parte rendido, manifestó que los asesores del fondo le informaron sobre los beneficios que tendría con su vinculación a la administradora pensional del RAIS e incluso afirmó que se le indicó que su pensión sería equivalente o un poquito inferior a la suministrada por el ISS y que solo se acercó a reclamar cuando sus compañeros empezaron a pensionarse y a notarse las diferencias en las pensiones.

Valoradas las pruebas recaudadas, se tiene que pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, este 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 y ello tampoco fue factible establecerlo de lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido por el demandante,.

En ese orden de ideas, no es posible colegir que la pasiva suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora a Protección S.A., el 15 de agosto de 1995.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración, las primas de las aseguradoras y las comisiones, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

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 transcurso 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.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con la ineficacia del traslado, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de febrero de 2022, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante FERNANDO SUSQUILA CANCHÓN, realizada a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.. a partir del 15 de agosto de 1995. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, primas de seguros, comisiones, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

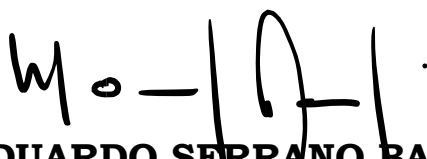
Los Magistrados,



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



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR PATRCIA ALEYDA BELTRAN GARCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 041 2021 00166 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 presentados por los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de septiembre de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que el traslado que se realizó al Régimen de Ahorro Individual, se efectuó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario, esto con fundamento en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de traslado una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

La apoderada de la parte demandante, manifestó que la actuó estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de los Seguros Sociales, hasta el año 1997 año en que se afilió a el Fondo Privado administrado por Porvenir S.A., debido a los engaños, artimañas y ante la ausencia de información clara, objetiva, veraz y suficiente que el fondo le proporciono, impidiendo conocer los alcances que tendría su decisión de traslado.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que dicho acto goce de plena validez.

I. ANTECEDENTES

La señora Patricia Aleyda Beltrán García, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como también los diferentes traslados horizontales y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones el total del dinero ahorrado en la cuenta de ahorro, así como también los gastos de administración, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 19 de octubre de 1962; que inició su vida laboral el 12 de octubre de 1984; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales; que para el mes de julio de 1997 se trasladó a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado información suficiente, clara y comprensible que le permitiera establecer los reales alcances de la decisión de traslado de régimen.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13,36, 97,141, 288 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1510 del Código Civil, el Decreto 656 de 1994, los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

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 el traslado fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle las condiciones pensionales, tal y como se aprecia en el formulario de afiliación. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante no tiene derecho a la nulidad o ineficacia del traslado, ya que la afiliación, cuenta con plena validez, en tanto obra soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por el actor en dicho fondo. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, legitimación en la causa por pasiva, aplicabilidad de sentencia SL373 de 2021 y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de septiembre de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por PATRICIA ALEYDA BELTRÁN GARCÍA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

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

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

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

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, y a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES de las demás pretensiones elevadas por la demandante.

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

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con los artículos 12 y 13 de la ley 100 de 1993, el primero que determina que el sistema general de pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes que coexisten, el RAIS y el RPM y el segundo expresa en su literal b que el sistema general de pensiones tendrá como característica que la selección de uno o cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, no obstante en esa libertad de escogencia es fundamental el consentimiento libre e informado que debe asistir al usuario y en caso en que se vea truncado bien sea por la inexistencia de este o por la existencia de un vicio en su producción o por la indebida información o su usencia será susceptible de ineficacia de tal escogencia.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia de forma parcial en lo que tiene que ver con el numeral segundo de la parte resolutive, al considerar que, si bien existe un precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la jurisdicción, no se debe aplicar el precedente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto; por lo que no es factible hacer la devolución de los gastos de administración de forma indexada, esto de conformidad con el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también

en el régimen de prima media se destina el 3 por ciento de las cotizaciones a financiar dichos emolumentos, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción, esto de conformidad con el concepto que realizó la Superintendencia Financiera y la jurisprudencia del Tribunal Superior de Cundinamarca. En consecuencia, solicitó se revoque la doble condena que se impuso y absolverla al menos en la parte de la indexación.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en su totalidad, en consideración a que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido de que la entidad es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y Porvenir; toda vez que todos los actos tienen efectos inter partes, por lo cual independientemente de la decisión tomada por el juez sobre la declaratoria de ineficacia del traslado, Colpensiones no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la misma; por otro lado precisó que tal declaratoria afecta la estabilidad 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 procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía,

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

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

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

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

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

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 1 de febrero de 1997.

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

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

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

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

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

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

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

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

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 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de septiembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO